

HELSINKI LAW REVIEW

**Taksiliikenteen sääntely
oikeustaloustieteen
näkökulmasta: taksilupien
tarveharkinta ja hintakatto**
— *Anssi Ilari Rantala*

**Deficiencies of the Dublin
Regulation and the Solidarity
Remedy**
— *Zarah Schmidt*

**The State of Commercial
Mediation in Finland**
— *Anna-Maria Svinhufvud*

**The Code of Gender in
Judgments of the European
Court of Human Rights: The Case
of Traditional Harmful Practices**
— *Nazanin Gifani*

**Oikeustapauskommentti:
Oikeuden ja tieteen risteyksessä
- tutkimusvilpin hallinto-
oikeudelliset seuraukset**
— *OTT Ida Koivisto*

**Opiskelijakolumni:
Lojaliteettiperiaate
liiketoimintakaupassa**
— *Niko Mäenpää ja Eero Vähävaje*

**Elements of Style:
Perustuslakiblogi -
Myös blogiteksti on oikeudellista
kirjoittamista**
— *Tuuli Talvinko*

Helsinki Law Review 2/2016

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Elisa Suokko

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Laura Salokangas

EDITORS

Aki Aapio

Jenni Hakkarainen

Mari Heino

Stanislav Kulechov

Toni Kuosmanen

Iris Lampela

Ville Linna

Nico Mesiäinen

Maiju Mäkinen

Eve Pekkala

Silja Piironen

Tero Pikkarainen

Kalle Pusa

Siiri Sinnemäki

Tuuli Talvinko

Mirella Vaaramaa

ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Jarna Petman LL.D., M.Soc.Sc.

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Nazanin Gifani

Anssi Ilari Rantala

Zarah Schmidt

Anna-Maria Svinhufvud

SHORT ARTICLES

Ida Koivisto

Niko Mäenpää

Tuuli Talvinko

Eero Vähävaje

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2016, 10th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*

Editor-in-Chief: *elisa.suokko@helsinki.fi*

Deputy Editor-in-Chief: *laura.salokangas@helsinki.fi*

Article submissions: *submissions@helsinkilawreview.fi*

Publisher: Pykälä ry, the law students association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Email: *tilaus@helsinkilawreview.fi*.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: likko Kuusela

FROM THE EDITORS

Law students are excellent at optimizing their results. We pass big exams with a weekend of reading and writing seminar papers is a matter of days. We know how to get our desired results with the minimum amount of work. At least, this is how we frame our studies here at the university. You never hear someone saying that they actually took the time and put in the effort - and perhaps did not get what they aimed for. In our own narrative, our best efforts never fail.

The reason behind might be that failure and rejection suck. It really sucks to try a lot and get nowhere. Having an audience for this makes it even worse. It's bad enough to know that you did not quite have what it took that time around but also having other people know about it. The secret is out: not everything you touch turns into gold.

However, what is really golden is not making it every time. Disappointment teaches you what you really want. If all you want is to be told that you are good and smart, then you should keep repeating the things you are already good at. If you want to achieve something new for yourself, then you need to try something yet untested. In that process, rejection and failure are inevitable features. The good thing is that not making it is not a permanent state of being. What is permanent is the set of new skills and ideas you have obtained on the way. Those things are worthy in themselves. And yes, you can use them in the future to try better.

For some, sending in submissions for Helsinki Law Review might not be an option for the fear of rejection. You might fear that your paper does not get published and that other people know about it. For you I want to say that we treat all submissions with the utmost respect, always discussing merely the content and never the author. Not all papers make it to print, but that's not a big deal. Should you get rejected, you know it was only this time around. The feeling will pass and the second time you try, it'll be much easier. We are the kindest of audiences to practice this with. So please, send in your submission. We'd love to read them.

On behalf of the Board of Editors

Elisa Suokko

Editor-in-Chief

SUBMISSIONS

Articles and other contributions may currently be submitted to the Board of Editors in the email address submissions@helsinkilawreview.fi or through our website at www.helsinkilawreview.fi.

Articles are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review accepts articles and other writings in English, Swedish and Finnish. Submissions should not exceed the length of 25 size A4 sheets. Each submission selected for publication will be edited in active co-operation with the author(s) as well as evaluated anonymously by a referee chosen by the Board of Editors.

In addition to research articles and case commentaries, Helsinki Law Review is also interested in publishing other types of writings, such as book reviews.

Any contributor wishing to publish an article based on a Master's thesis is requested to draft the article within the requested length limit before submitting. A copy of the original Master's thesis may be included for the Board's reference as a separate appendix, but not submitted alone.

For further information, please contact the Board of Editors at hlr-toimitus@pykala.fi. Thank you for your submission!

Subscriptions

Helsinki Law Review is currently available for free subscription at www.helsinkilawreview.fi to organizations. Free copies are distributed to various libraries, faculties and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä ry office (open Tuesday till Thursday, 12 p.m. – 5 p.m.) or contact the Board Secretary. See inner front cover for contact details.

SISÄLLYSLUETTELO

- 6 Oikeustapauskommentti: Oikeuden ja tieteen risteyksessä - tutkimusvilpin hallinto-oikeudelliset seuraukset
OTT Ida Koivisto
- 10 The Code of Gender in Judgments of the European Court of Human Rights: The Case of Traditional Harmful Practices
Nazanin Gifani
- 28 Taksiliikenteen sääntely oikeustaloustieteen näkökulmasta: taksilupien tarveharkinta ja hintakatto
Anssi Ilari Rantala
- 54 Opiskelijakolumni: Lojaliteettiperiaate liiketoimintakaupassa
Niko Mäenpää ja Eero Vähävaje
- 58 Deficiencies of the Dublin Regulation and the Solidarity Remedy Exemplified by Analysing Cases M.S.S. v. Belgium and Greece and Tarakhel v. Switzerland
Zarah Schmidt
- 78 The State of Commercial Mediation in Finland
Anna-Maria Svinhufvud
- 104 Elements of Style:
Perustuslakiblogi – Myös blogiteksti on oikeudellista kirjoittamista
Tuuli Talvinko

OIKEUDEN JA TIETEEN RISTEYKSESSÄ - TUTKIMUSVILPIN HALLINTO-OIKEUDELLISET SEURAUKSET

OTT Ida Koivisto¹

Tiedevilppi on kiusallinen ja vahingollinen käytäntö, jonka kitkeminen on kaikkea muuta kuin yksinkertaista. Ei ole aina yksiselitteistä, mikä oikeastaan on tuomittavaa käytöstä ja mikä ei tai milloin kyseessä on tahallisuus ja milloin kyse on ymmärtämättömyydestä. Tärkeimmät tapaukset tunnustetaan todennäköisemmin, mutta harmaata aluettakin on paljon.

Tiedeyhteisöllä on omat keinonsa puuttua asiaan. Esimerkiksi julkaistavaksi tarjotut artikkelikäsitteilyt tavallisesti vertaisarvioidaan; kyse on eräänlaisesta tiedeyhteisön itsesääntelymekanismista. Tämän lisäksi tutkimuksen etiikkaa valvoo Tutkimuseettinen neuvottelukunta (TENK). Tämä valvonta on kuitenkin suositusluontoista: TENK voi ainoastaan kehottaa korkeakouluja ja tutkimuslaitoksia tutkimaan vilppiä. Viime aikoina onkin keskusteltu siitä, onko tiedevilpin valvonta Suomessa riittävän tehokasta. Tätä pohdintaa ovat vauhdittaneet etenkin Teknologian tutkimuskeskus VTT:ssä ilmenneet vilppitapaukset.

Tieteen integriteetin ja siihen liittyvän itsesääntelyn lisäksi tutkimusvilppi niveltyy hallinto-oikeudellisiin kysymyksiin. Näin voi käydä esimerkiksi silloin, kun puhutaan tutkinnon suorittamisesta ja siihen liittyvän tutkintotodistuksen myöntämisestä – joka lopulta on oikeuden perustava, pysyväksi tarkoitettu hallintopäätös – ja tässä menettelyssä esiinnousseesta asianosaisen vilpistä.

Tämän kysymyksenasettelun oikeudellisesta arvioinnista on kyse KHO:n tuoreessa vuosikirjaratkaisussa KHO:2016:68. Siinä yliopisto oli myöntänyt A:lle filosofian maisterin tutkintotodistuksen. Myöhemmin kuitenkin oli käynyt ilmi, että A oli pro gradu -tutkielmassaan syyllistynyt tutkimusvilppiin, plagiointiin ja sepittämiseen. Tämän seurauksena tiedekunnan dekaani oli peruuttanut A:n tutkinnon hallintolain (434/2003) asiavirheen korjaamista koskevan säännöksen nojalla. Perusteluna oli, että A:lla ei ollut tutkielman uudelleenarvioinnin jälkeen – missä menettelyssä tutkielma oli hylätty – suoritettuna tutkintoon kuuluvia syventäviä opintoja.

Oikaisuvaatimusvaiheen jälkeen hallinto-oikeus oli A:n valituksesta kumonnut dekaanin päätöksen sillä perusteella, ettei laki tuntenut tutkinnon peruuttamismahdollisuutta, ja että julkisen vallan tuli suojella A:n oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia. Yliopisto

1 Ida Koivisto on julkisoikeuteen ja oikeusteoriaan erikoistunut tutkijatohtori Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Hänen Suomen Akatemian rahoittama tutkimusprojektinsa käsittelee läpinäkyvyyden käsitettä globaalissa hallinnassa.

valitti edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen ja vaati ensisijaisesti hallinto-oikeuden päätöksen kumoamista ja toissijaisesti tutkintotodistuksen myöntämispäätöksen purkamista hallintolain 63 §:n nojalla.

KHO pysytti hallinto-oikeuden päätöksen katsoen, että virhe ei ollut siinä mielessä ilmeinen ja yksiselitteinen, että sen olisi voinut korjata ilman asianosaisten suostumusta. KHO kuitenkin purki yliopiston hakemuksesta tutkinnonmyöntämispäätöksen. Tähän lopputulokseen päätymissä ratkaisevaa oli, että vilppi oli ollut vakavaa, pro gradu -tutkielma muodosti keskeisen osan tutkintoa – mikä puolsi kokonaisharkintaa – ja että asialla oli yleisempää merkitystä yliopiston tutkimus- ja opetustehtävän kannalta. Ratkaisu ei myöskään estänyt asianosaista korjaamasta tutkielmaa hyväksyttävään kuntoon tai kirjoittamasta uutta tutkielmaa ja lopulta saavan tutkintotodistusta.

Tapauksen kysymyksenasettelun näkökulmasta kiinnostavaa on, ettei voimassaoleva lainsäädäntö tunnistanut eikä tunnista tiedevilppiä erityistapauksena. Niinpä hallinto-oikeudellisesti oli operoitava yleislaeilla ja niiden tulkinnalla. Ratkaisussa kyse on mainitun oikeudellisen epämääräisyyden tuottamista ongelmista. Tarkempien säännösten puuttuessa keskeisiksi punninnan välineiksi nousivat hallinnon oikeusperiaatteet, joista säädetään hallintolain 6 §:ssä.

Tapauksessa tuli siis arvioitavaksi oikeudenmukainen tasapaino yksityisen ja julkisen edun välillä. Nähdäkseni voidaan hahmottaa ainakin kaksi oikeudellisesti perusteltavissa olevaa arvopositiota. Ensinnäkin luottamuksensuoja eli yksityisen oikeudetut odotukset suhteessa julkiseen valtaan voidaan perustella siten, että vilppi olisi tullut huomata tutkielman tarkastusmenettelyssä, ja jo myönnetyn tutkinnon peruuttaminen kajoaisi viranomaisen virheellisen menettelyn vuoksi tarpeettomasti yksityisen oikeusasemaan. Toisaalta julkinen etu puoltaa vastakkaista kantaa: tieteen luotettavuutta ja integriteettiä tulee suojella vahingollisilta ja tuomittavilta käytännöiltä. Lisäksi tapaus herättää jotensakin selvän moraalisen intuition, jonka jo oikeusfilosofi Ronald Dworkin on muotoillut oikeusperiaatteita koskevassa teoretisoinnissaan: kenenkään ei tulisi hyötyä oikeudellisesti tekemästään vääryydestä. Tämä tietysti edellyttää, että vilpin katsotaan olevan tahallista eikä ymmärtämättömyydestä johtuvaa. Tapauksessa tahallisuus katsottiin näytetyin.

On tavallista, että hallinnon oikeusperiaatteet ikään kuin liukuvat päällekkäin ja useampi niistä soveltuu samanaikaisesti. Esimerkiksi olisi voitu argumentoida, että suhteellisuusperiaate edellyttäisi lievempien keinojen kuin tutkinnonmyöntämispäätöksen purkamisen käyttöä, mikä olisi puoltanut erilaista lopputulosta. Hallinnon oikeusperiaatteiden ensisijainen tarkoitus on suojata asianosaista harkintavallan väärinkäytöltä, missä mielessä ne eivät anna paljon tulkinta-apua julkista etua painottavalle lopputulokselle.

Tästä huolimatta tapaus tuo esiin hallinto-oikeudellisten periaatteiden merkityksen oikeudellisen tulkinnan apuna silloin, kun punnittavana on kaksi erisuuntaista intressiä. Näiden intressien

merkitys tulee näkyviin myös niissä edellyksissä, joiden vallitessa hallintopäätöksen purkaminen on mahdollista: hallintolainkäyttölain mukaan päätöstä ei saa purkaa, ellei se loukkaa yksilön etua tai julkinen etu vaadi päätöksen purkamista. Tämä ei tosin tarkoita, että hallinto-oikeudellisia periaatteitakaan soveltamalla päästäisiin yksiselitteiseen ratkaisuun. Enemmän kyse on siitä, minkälaisen oikeuskäsitteistön ja -periaatteiden avulla ratkaisua voidaan perustella, kun lainsäädäntö on yleisluontoista tai aukollista. Ratkaiseva merkitys on kokonaisharkinnalla.

Tapaus on kiinnostava myös siksi, että siinä risteää kaksi omalakista systeemiä: oikeuden ja tieteen systeemit. Kun kumpikin pyrkii tasapainoon ja hyväksyttävyyteen, niiden risteyskohta tuottaa erityislaatuisen tilanteen. Tapaus kuitenkin osoittaa, että tarkemmat säännökset vilpin hallinto-oikeudellisista seurauksista voisivat olla oikeusvarmuuden näkökulmasta tarpeen, vaikka yleishallinto-oikeudellisilla säännöksillä soveltamalla voidaan päästä oikeudenmukaiseen lopputulokseen. TENK onkin vastikään laatinut opetus- ja kulttuuriministeriön toimeksiannosta selvityksen hyvän tieteellisen käytännön edistämisestä. Selvitys luovutettiin opetus- ja kulttuuriministeri Sanni Grahn-Laasoselle 20.6.2016.

THE CODE OF GENDER IN JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF TRADITIONAL HARMFUL PRACTICES

Nazanin Gifani¹

Keywords:

gender stereotyping, non-refoulement, harmful traditional practices, European Court of Human Rights

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (the ECtHR) is not a court of asylum, however the Court does accept the application of the principle of non-refoulement. Accordingly, expulsion of asylum seekers can engage the responsibility of State parties if there are substantial grounds for believing that the asylum seeker may face treatment contrary to the standards of Article 3 upon return. In some cases the ECtHR has found an opportunity to make an assessment of the risk of being exposed to the harmful traditional practices upon expulsion or deportation. This paper seeks to examine the use of gender stereotypes in these judgements. The paper focuses, through feminist analysis, on the evaluation of the Court of the real risk of finding out whether or not the reasoning of the Court is based on a gender biased evaluation of the claim. Therefore, it explores the way the Court gives weight to different factors in the final determination of the case and concludes that the ECtHR's reasoning is based on gender-stereotyping and relies on the traditional notions of gender norms which then reproduce patriarchal and suppressive gender norms and reinforce gender inequalities.

1 The author holds a Master's degree in international human rights law from Åbo Akademi, and is currently enrolled in the Master's program in international and comparative public law at the University of Helsinki.

CONTENTS

1. Introduction
2. Real Risk of Harmful Traditional Practices
 - 2.1 Real Risk Test
 - 2.2 Assessment of General Situation in Country of Origin
 - 2.3 Agent of Protection: Male Relatives
3. Final Determination of the Case
 - 3.1 Internal Flight Alternative
 - 3.2 Women and Claims of Harmful Traditional Practices
 - 3.3 Men and Claims of Harmful Traditional Practices
4. Conclusion

Bibliography

I. INTRODUCTION

The issue of asylum seekers has been a major source of discussion in many European countries; however, very little attention has been paid to the role of gender in the determination of refugee status. Assessing the credibility of the applicant's statement inevitably requires relying on some normative standards, yet Spijkerboer observes, "these normative standards are hard to make explicit and more often they are not."¹ Nevertheless, they play an important role in determining applicant's status. Importantly, the perception of gender shapes the way a court views an asylum claim, particularly when the claimant is fleeing gender-related violence. At the national level, because of the increasing number of cases and time pressure, interviewers are more willing to have recourse to stereotypes since it allows for quick decisions.² This paper seeks to examine the role of gender stereotypes in the decisions of the ECtHR concerning harmful traditional practices. This category of decisions particularly portrays the Court's perceptions of gender norms by bridging the issues of gender-related violence and asylum.

Claims concerning facing harmful traditional practices have been brought before the Court under Article 3 of the Convention, which prohibits torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Harmful traditional practices fit in the category of gender-based violations. Due to the variety of these practices it is impossible to provide an exhaustive list. Nevertheless, based on the Expert Paper of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women³, some common factors are identifiable. First, harmful practices are being practiced in patriarchal societies where women have a subordinate position. Moreover, they are mainly related to the reproductive role of a woman in society. According to a study by the United Nations, harmful practices manifest in variable forms, such as son preference, early and forced marriage, abduction, female genital mutilation (FGM) or the slavery-like practices of Southern-Indian Devadasi system, the Nepalese Deuki or Devaki system, and the Trokosi system of Ghana, Togo and Benin⁴. What they have in common is the effect of "perpetuating women's low position in society."⁵ Harmful traditions are mainly practiced by husbands, parents or other family members, however, according to the CEDAW Committee Expert Paper "they are also surfacing in public spaces."⁶ It is worth mentioning that harmful traditional practices are not exclusively targeted towards women but also men can be subjected to types of gender-based violence. For instance, honour-related crimes can harm both men and women. These traditions are deeply rooted in the societies which practice them and their full abolition requires a fundamental change in customs in the society. In many countries, these practices are not considered as forms of violence; to

1 Spijkerboer 2005, p. 67.

2 Ibid.

3 Coker-Appiah 2009.

4 Ras-Work 2006, p. 2.

5 Coker-Appiah, 2009, p. 2.

6 bid. p.2.

the contrary, they are viewed as parts of the norms, customs and traditions of the society and as a part of the prevailing cultural, social and religious beliefs. More importantly, even when the practices are considered violence, public authorities are reluctant to intervene because they are regarded as private matters. For instance, in some societies, female genital mutilation has a particularly strong cultural meaning because it is closely linked to women's sexuality and their reproductive role in the society.⁷ FGM is practiced in some parts of Africa as an element in a rite of passage preparing young girls for womanhood and marriage.⁸ The awareness of harmful traditional practices is rising at the global⁹ as well as local level, which has helped to reduce these traditions. Despite this, many women and men continue to suffer because of them.

The ECtHR has repeatedly stated that there is no right to asylum as such in the Convention or its protocols.¹⁰ Nevertheless, the ECtHR regularly considers the question of whether extradition, expulsion, or deportation of the individual to the country of origin leads to him/her being subjected to treatment that is contrary to Article 3. A huge number of cases submitted to the Court have helped to develop a large body of case law concerning the protection of asylum seekers against refoulement. This article will explore the cases submitted to the Court concerning claims of facing traditional harmful practices upon extradition or expulsion, and aims to analyze the way the Court understands the complexities of the gendered nature of these claims and gives weight to the various factors involved.

2. REAL RISK OF HARMFUL TRADITIONAL PRACTICES

2.1 Real Risk Test

The principle of non-refoulement is derived from the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment enshrined in Article 3 of the ECHR. The European Court of Human Rights held in its judgment *Soering v. the United Kingdom* that:

[...] it would not be compatible with the "common heritage of political traditions, ideals, freedom and rule of law" to which the Preamble refers, were a Contracting State to the ECHR knowingly to surrender a person to another state where there were substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.¹¹

7 Toubia 1994, p. 712.

8 Althaus 1997, p. 130.

9 The UN Special Rapporteur on torture or other punishments or cruel, inhuman or degrading treatment specified that FGM is "comparable to torture if the states do not act with the required diligence" in his report of 2008. The European Commission has also expressed a strong commitment to the elimination of FGM.

10 See *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* 30 October 1991, para 102. Also *Salah Sheek v. the Netherlands*, 13 January 2007.

11 *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, para. 88.

In *Cruz Varas and Others v. Sweden*¹² and *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*¹³, the Court held that the same applies to expulsion cases.

The ECtHR has regularly stated that “the alleged ill-treatment upon return must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3.”¹⁴ The Court has always allowed itself a degree of flexibility when considering the prohibited acts, and has concluded that the Convention should be regarded as “a living instrument, which must be interpreted in the light of present day conditions”.¹⁵ Therefore, the assessment of the level of severity is relative and depends on the circumstances of a particular case.¹⁶

In order to evaluate the applicant’s claim of risk upon return to the country of origin, the Court has established a ‘real risk test’. The Court has established a set of ground rules for determining the existence of a risk. In the case *Chahal v. The United Kingdom*, the Court held that “the assessment of the existence of a real risk must necessarily be a rigorous one”¹⁷. Moreover, the Court only gives weight to foreseeable consequences that the applicant may face upon return¹⁸. Therefore, in order to determine whether an applicant’s claim falls under Article 3, the Court “assesses the conditions in the receiving country against the standards of Article 3 of the Convention.”¹⁹ This assessment includes the consideration of the general situation of the receiving country as well as the individual circumstances of the case. This assessment inevitably relies on certain normative standards to verify the credibility of the applicant’s claim and the possibility of being exposed to ill-treatment.

Gender stereotypes play an important role both in the credibility assessment and risk assessment, particularly when the applicant is fleeing gender-based violence. Therefore, it is necessary to explore specific characterizations of harmful traditional practices and the definition of gender stereotyping.

2.2 Assessment of General Situation in Country of Origin

In order to evaluate whether a person would be subjected to treatment prohibited by Article 3, the Court assesses the general situation of the applicant’s country of origin. In its assessment, the Court takes into consideration the reports of non-governmental organizations, such as Amnesty International, and UNCHR and governmental reports, which are generally given more weight in the assessment. However, as the Court notes “the general situation of violence will not

12 *Cruz Varas and Others v. Sweden*, 20 March 1991.

13 *Vilvarajah and Others v. The United Kingdom*, 30 October 1991.

14 *Hilal v. the United Kingdom*, 6 June 2001 para. 60.

15 *Association for the Prevention of Torture*, 2008, p. 59.

16 *Hilal v. the United Kingdom*, 6 June 2001, para 60.

17 *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, para 96.

18 See *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom*, 30 October 1991, para 108.

19 *Ibid.* para. 42.

normally in itself entail a violation of Article 3 in the event of an expulsion"²⁰. Nevertheless, in extreme cases the general situation in country of origin may lead to the possibility of a real risk. In *NA v. the United Kingdom*, the Court stated:

The Court has never excluded the possibility that the general situation of violence in a country of destination may be of a sufficient level of intensity as to entail that any removal to it would necessarily breach Article 3 of the Convention. Nevertheless, the Court would adopt such an approach only in the most extreme cases of general violence, where there is a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return.²¹

Similar reasoning can be found in *N v. Sweden*. The applicant was an Afghan woman arguing that, if returned to Afghanistan, she would face a real risk of being persecuted or even sentenced to death because she had separated from her husband and later had a relationship with another man.²² The Court pointed out that there were no specific circumstances substantiating that the applicant would be subjected to such treatment by her husband, but the Court could not ignore the general risk indicated by statistical and international reports.²³ Therefore, the Court held that the expulsion to Afghanistan was against Article 3.

When the overall situation in the country of origin is improving or there are positive developments in certain issues relating to the particular case, the Court is more willing to assume that the situation of gender-based violence and, consequently, harmful traditional practices also improves. In *Collins and Akaziebie v. Sweden* the applicant, a woman from Delta State in Nigeria, sought asylum in Sweden on the ground that she wanted to avoid being subjected to FGM. The woman, who was 25 years old and pregnant, claimed that women in Nigeria had to undergo a severe type of FGM at childbirth. Later on she added that she also wanted to protect her daughter from having to undergo the practice. Thus, the applicant claimed that if expelled to her country of origin, she would be subjected to FGM. The following facts, which do not support the applicant's claim, were presented by the Court as factors proving that the practice of FGM is decreasing in Nigeria. First, the Nigerian government has prohibited FGM in many states States by law. In addition, although at that time there was no federal law in Nigeria against practicing FGM, the federal government publicly opposed FGM. Furthermore, several NGOs were fighting against the practice.²⁴ This, combined with some other facts of the case, led to a finding of no violation with regard to the applicants.

20 *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, para 41.

21 *S.A. v. Sweden*, 27 June 2013, para 45.

22 *N. v. Sweden*, 20 July 2010, para 47.

23 *Ibid*, para 58.

24 *Collins and Akaziebie v. Sweden*, 8 March 2007, p. 10.

It appears that the Court's assessment of the general situation of country of origin underestimates the fact that harmful tradition practices are deeply rooted in societies. The general improvement of the situation of country of origin does not necessarily lead to the abolition of harmful traditional practices. For instance, in *Collins and Akaziebie v. Sweden*, although there is a decrease in FGM rates in Nigeria, the rate is still considerably high. Also, the Committee on the Rights of the Child expresses its concerns about the lack of support services available to protect girls who refuse to undergo FGM and of services to rehabilitate the victims of FGM in its consideration of state State reports.²⁵ The same may apply to other forms of harmful traditional practices.

In the case of *S.A v. Sweden*, which concerned a Sunni Muslim man from Iraq who had been in a relationship with a Shia Muslim woman, the applicant stated that after proposing to the woman, he faced threats from the woman's family. Furthermore, the family had carried out a so-called honour killing and murdered the woman. The applicant further alleged that his mother had been shot and killed by the woman's family and their house had been burnt down. In the assessment of the general situation of the state State of origin, the Court referred to the material provided in the case *F.H. v. Sweden* which did not concern honour-related crimes and was submitted four years earlier, and concluded that "the Court sees no reason to alter the position taken in this respect four years ago."²⁶ Meanwhile, the reports of international organizations express a serious concern over honour-related crimes in Iraq, and there is information that the Iraqi Penal Code provides for a lenient punishment for crimes committed in the name of honour.

In the assessment of the general situation of the receiving country, the Court often looks at whether the receiving state can provide protection in order to prevent the risk. Therefore, it is necessary to examine the notion of 'agent of protection' in the view of the ECtHR.

2.3 Agent of Protection: Male Relatives

To prove the existence of the risk it must be shown that the authorities of the receiving state State are not able to obviate the risk by providing appropriate protection.²⁷ One of the distinctive features in the assessment of the risk in cases of harmful traditional practices is that the Court often has very wide understanding of protection, meaning that the provider of protection does not necessarily need to be the stateState. The Court often takes the view that women supported by a male relative enjoy a sufficient degree of protection.

The case *A.A and Others v. Sweden* is one of the examples in which the Court used this argument to cast doubt over the existence of a real risk. The case concerned a mother (A.A.), three daughters and two sons of Yemeni nationality. The applicants stated that if deported to Yemen they would face a real risk of being the victims of an honour crime as they had disobeyed their

25 Ibid. p. 8.

26 *S.A v. Sweden*, 27 June 2013, para 47.

27 *A.A. and Others v. Sweden*, 28 June 2012, para 72.

husband/father and had left the country without his permission.²⁸ A.A. also claimed that she had suffered from years of abuse by her husband, but that her main reason for leaving Yemen had been to protect her daughters who were either being threatened with an arranged marriage or had already been forced into one.²⁹ The Court concluded that the substantial grounds for believing that the applicants would be exposed to a real risk of being killed or subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if deported to Yemen had not been established in the present case, and therefore the Court found no violation of Article 3.

In this case, the Court did not find the situation in Yemen severe enough to substantiate the possibility of a risk. Nevertheless, the information provided to the Court on the situation of women and children in Yemen demonstrated that there was no law prohibiting domestic abuse and that the law concerning violence against women is rarely applied.³⁰ Yemeni legislation does not prohibit spousal rape and does not address any forms of honour crimes nor forced marriage.³¹ The report also indicated that child marriage was a significant problem in the country.³² This information indicates that the state is unable or unwilling to provide protection to women suffering from domestic violence or forced into marriage. However, the Court surprisingly did not find this information as an indicator of the possibility of a risk, which is the first step in the risk assessment. This implies that forced marriage is not sufficiently serious breach of human rights to fulfil the criteria of Article 3.

In evaluating if protection is available for the applicant against the risk, the Court concluded that there is sufficient protection for all the applicants. The Court notes that “the first applicant’s brother has continued to support her by sending her various documents, and even if it is true that he is now moving around in Yemen, the Court is of the opinion that the first applicant has not shown that she cannot count on his protection in Yemen”³³. Also, the two sons of the first applicant were mentioned as sources of protection for the applicants if returned.³⁴ Therefore, according to the Court, the support of a male relative provides alternative protection that may be sufficient to bridge any shortcomings in the protection provided by the state.

Spijkerboer observes that this understanding of protection reproduces the “patriarchal notion of women belonging to men”³⁵. He contends that it appears that Article 3 does not protect women against patriarchy even in its most violent form and requires women to play by its rules: “try to pay

28 Ibid. para 13.

29 Ibid. para 11.

30 Ibid. para 38. The information was provided by the United States Department of State in the 2010 Human Rights Report: Yemen of 8 April 2011.

31 Ibid. para 39.

32 Ibid. para 39.

33 Ibid. para 83.

34 Ibid.

35 Spijkerboer 2015, p. 4.

back the dowry, try to identify nicer men to protect you and hope that alternative dependency will not turn violent as well”³⁶. This wide notion of the agent of protection is very problematic since it sets another standard for the availability of protection in the receiving country for the cases of gender-based violence and leaves the safety and protection of women in the hands of male relatives. Moreover, it is not obvious how this protection is offered or whether people mentioned as the sources of protection are really willing to aid the persons under threat.

3. FINAL DETERMINATION OF THE CASE

3.1 Internal Flight Alternative

The final determination of asylum seeker status might also be connected with the question of whether he/she can relocate to safer areas within the country of origin, whether or not the “Internal Flight Alternative” (IFA) is available for the asylum seeker. The Refugee Convention says nothing about the IFA. “The notion of IFA was developed in a somewhat ad hoc manner through international and national jurisprudence, academic analysis and governmental and intergovernmental policy statements.”³⁷ According to the UNHCR, the concept of IFA refers to a “specific area of the country where there is no risk of a well-founded fear of persecution and where, given the particular circumstances of the case, the individual could reasonably be expected to establish him/herself and live a normal life.”³⁸ In many jurisdictions around the world, IFA is invoked to deny refugee status from persons at risk of being persecuted for a convention reason.³⁹ UNCHR has never favored the practice of IFA, mentioning that “the 1951 Convention does not require or even suggests that the fear of being persecuted needs to be always extended to the whole territory of the refugee’s country of origin.”⁴⁰

Nevertheless, the UNCHR Guidelines on International Protection provide that in the evaluation of possibility of IFA states States should employ a set of tests. The first set of questions deals with a relevance analysis and is concerned with the accessibility of safe areas to the asylum seekers, the agent of persecution, and the possibility of further persecution or harm upon relocation. Relevant to this paper, if the agent of persecution is a non-state party it is important that the Court takes into account “whether the persecutor is likely to pursue the claimant in the area and whether State protection from the harm feared is available there.”⁴¹ The second analysis concerns reasonableness and deals with the question of whether the claimant “in the context of the country concerned, lead a relatively normal life without facing undue hardship? If not, it would not be reasonable to expect the person to move there.”⁴²

36 Spijkerboer 2015, p. 4.

37 Reinhard 2002, p. 179.

38 UNCHR 2003, para 6.

39 Hathaway & Foster 2013, p. 1.

40 UNCHR 2003, para 6.

41 UNCHR 2003, para. 7.

42 Ibid.

The question of internal flight relocation may arise for the ECtHR after the assessment of the real risk in order to establish whether the applicant can avoid the risk by relocating to other parts of the receiving country. The Court has established some prerequisites for the applicability of IFA. In the case of *D.N.M. v. Sweden*,⁴³ the Court provides that

*Therefore, as a precondition for relying on an internal flight alternative certain guarantees have to be in place: the person to be expelled must be able to travel to the area concerned, gain admittance and settle there, failing which an issue under Article 3 may arise, the more so if in the absence of such guarantees there is a possibility of the expellee ending up in a part of the country of origin where he or she may be subjected to ill-treatment.*⁴⁴

The case law shows that the ECtHR has repeatedly considered the internal flight alternative as one of the stages in assessing the real risk. A quick glance over the cases related to harmful traditional practices – where the agent of ill-treatment is a non-state agent – reveals the possibility of finding that the real risk is ultimately dependent on whether or not a relocation option is available to the applicant. However, it appears that the assessment of availability of IFA follows a very subjective test which is not supported by evidence concerning the situation of gender-related persecution. More importantly, the normative standards the court Court employs for the assessment of the possibility of IFA stands on a very stereotypical notion of gender norms which define men as independent and strong and women as dependent and vulnerable.

In most of the cases of harmful traditional practices the Court is more than likely to endorse the government's claim about the possibility of IFA. Often the Court finds it sufficient to review the general situation of the receiving country without taking into consideration whether the sufficient guarantees are fulfilled. Frequent reference by the Court to the IFA implies that the applicant should exhaust all the domestic remedies before applying for asylum. Indeed, exhaustion of all domestic remedies is neither a requirement of the UN Refugee Convention nor a requirement for the applicant of non-refoulement. The Court's assessment appears to rely on gender-stereotyping because often the sex, age, health and independence of the applicant provide sufficient reasons to invoke IFA and deny the right to asylum.

3.2 Women and Claims of Harmful Traditional Practices

When the general situation in the country of origin is improving, the Court puts more weight on the assessment of the personal situation of the applicant. This assessment inevitably follows a perception of gender roles. The normative standards used in assessing the credibility of women's claims are often based on a very traditional and gendered understanding of women's roles in the receiving country. These normative standards often give attention to women's vulnerability, such as financial dependence, physical weakness and need for protection, and

43 See also *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, 28 June 2011, para 266.

44 *D.N.M. v. Sweden*, 27 June 2013, para 54.

expect women to behave in a way that fulfills this expectation of appropriate gender behavior. If a woman shows a different behavior than what is expected, she might be deemed incredible.

This perception of gender roles is very well portrayed in the case of *Omerdeo v. Austria*⁴⁵. The applicant was a single Nigerian woman from Delta State who claimed that if expelled to Nigeria she would run the risk of undergoing FGM. The Court, after giving regard to the personal circumstances of the applicant, found that there is a possibility that the applicant would be exposed to the risk of undergoing FGM upon return. Nevertheless, it concluded that “owing to her education and working experience as a seamstress, there is a reason to believe that the applicant will be able to build her life in Nigeria without having to rely on the support of family members.”⁴⁶ Almost the same observation was made in the case of *Collins and Akaziebie v. Sweden*. The ECtHR referred to the applicant’s personal situation, noting that she had 12 years of schooling, is now 30 years old, and that she successfully managed to flee to Sweden and apply for asylum. The Court reasoned further:

*it is difficult to see why the first applicant, having shown such a considerable amount of strength and independence, cannot protect the second applicant from being subjected to FGM, if not in Delta State, then at least in one of the other states in Nigeria where FGM is prohibited by law and/or less widespread than in Delta State.*⁴⁷

“What can be understood from the Court’s reasoning is that if the applicant shows signs of strength and courage, she probably does not need to be protected. The Court’s reasoning relies on the stereotypical characteristics attributed to women of traditional societies as weak, uneducated and poor. As Eva Brems puts it, according to the Court “if a woman is strong enough to stand up against cultural oppression, she is too strong for outsider protection.”⁴⁸ Freedman also highlights that the victimization of refugee women essentializes a particular set of gendered roles and fails to take into account the underlying gendered relations of power.⁴⁹ The stereotypical image of women in Third World countries in international law as “sexually constrained tradition-bound, incarcerated at home, illiterate, and poor”⁵⁰ has been criticized widely. Kapur argues that often women are portrayed as “defenceless victims of a cruel anti-female culture more than that of ‘dissidents’ who actively resist against the political and religious oppression of women as victims of male dominated society.”⁵¹ This stereotypical notion introduces a set of requirements for protection which are not necessarily relevant to the risk of being subjected to harmful traditional practices, and suggests that if women are strong enough to flee the country and independent enough to manage their lives alone they are not in real danger nor in real need of protection.”

45 Decision on the admissibility of *Omerdeo v. Austria*, 20 September 2011.

46 Decision on the admissibility of *Omerdeo v. Austria*, 20 September 2011, para 1.

47 *Collins and Akaziebie v. Sweden*, 8 March 2007, p. 14.

48 Brems 2010.

49 Freedman 2010, p. 193.

50 Kapur 2002, p. 18.

51 Kapur 2002, p. 18.

3.3 Men and Claims of Harmful Traditional Practices

Stereotyping is not only limited to cases concerning women, it also affects the claims of male applicants. The recent examples are the two cases of *S.A v. Sweden* and *D.N.M v. Sweden*, which are concerned with two young Iraqi men alleging that if they returned to Iraq they would be exposed to the risk of being the subject of honour-related crimes as they were in unconventional relationships with women of whom their families did not approve. The Court found that there was a possibility that if the applicants returned to the country of origin, they ran the risk of being subjected to honour-related crime. However, the possibility of IFA resulted in finding no violation in regards to both applicants.

In *S.A v. Sweden*, the applicant claimed that the IFA is not available to him since certain documents are needed in order to relocate him from one part of Iraq to another and to do so he should contact the authorities, which might lead to him being found by the woman's family. He also added that the family of the woman belongs to a powerful clan with connections and means to trace him wherever in Iraq he might go. The Court rejected the applicant's claim and held that "there is no indication that it would be impossible or even particularly difficult for Sunni Muslims – comprising a sizeable group, reportedly making up one third of the country's population – to find a place to settle where they would constitute a majority or, in any event, be able to live in relative safety."⁵² Among other reasons, the Court noted that "he is a relatively young man without any apparent health problems."⁵³ It appears that the Court takes a more rigorous test regarding the male applicants. The reasoning of the Court is based on the perception of masculinity which entails capability, health and independence. Therefore, even the physical health of the applicant provides enough reason for rejecting the need for protection. Notwithstanding, the dissenting opinion attached to the case of *S.A v. Sweden* – which is similar to that of *D.N.M v. Sweden* – refers to the report of the Joint Finnish-Swiss Fact-Finding Mission which claims that "single male Sunni Arabs without a sponsor in the KRG area are refused". The dissenting judges concluded that the applicant, being a single male Sunni without a sponsor, clearly falls within this category. The dissenting judges also indicated that the Court does not evaluate in depth the guarantees needed for IFA and suggested that the guarantees required under the Court's case law on IFA options necessitate that the place of safety be identified by the deporting state State in order that the risks related to the transit thereto, admittance and settlement therein may be assessed.⁵⁴

This judgment is not exceptional, as also at the national level male applicants have to pass a stricter test to substantiate their claims due to the characteristics which are attributed to

52 *S.A v. Sweden*, 27 June 2013, para 57.

53 *Ibid*, para. 58.

54 *S.A v. Sweden*, 27 June 2013, Dissenting opinion of Judge Power-Forde joined by Judge Zupančič.

them. Spijkerboer notes that “the concepts of masculinity may be used to dismiss the claims of men, because like female applicants, they are perceived as deviating from the male norm of the classical refugee stereotypes.”⁵⁵ Mascini et al. also call attention to the persecution of male asylum seekers who deviate from patriarchal social norms about gender roles, particularly the victims of crimes of honour who can face discrimination in the asylum process.⁵⁶ Gender-stereotyping in the Court’s judgments is alarming because it sets the norm for national asylum procedures. Timmer points out the problem with stereotypes in the following way: “they tie both men and women down to a particular identity. They place a certain mould on individuals, independent of what they are capable of, experience or desire.”⁵⁷ This stereotyping ignores the experiences of individuals by placing them into pre-existing categories of male and female behavior and leaves very little room for people who transcend from the gender norms of their society. This ultimately reinforces the stereotypical conceptions of femininity and masculinity in national asylum procedures.

The main harm of basing legal reasoning on stereotypical notions is that it essentializes the differences between women and men and limits their ability to develop their personal capacities and participate in the transformation of gender roles. Eventually this understanding ignores the experiences of people who stand up against the harmful traditions of their societies.

4. CONCLUSION

The European Court of Human Rights does not have jurisdiction to decide on asylum matters, yet it has a great influence in setting the standard for the protection of asylum seekers at the national level through the notion of non-refoulement. The judgments of the ECtHR regarding harmful traditional practices are a very good indication of how gender stereotypes shape the way the Court gives weight to the applicant’s claim, since they bring up very basic assumptions of expected gender roles that should be carried out by the male or female applicants. In this paper the aim was to analyze the way the ECtHR assesses the applicant’s claim of facing harmful traditional practices upon return to the receiving country. This paper, through a feminist approach, attempts to reveal the gendered nature of the Court’s reasoning.

Generally, for the assessment of the real risk, the Court considers two sets of requirements. First of all, it should be shown that there are substantial reasons for believing that the applicant will face treatment contrary to the standard set out in Article 3 of the ECHR upon return to the receiving country. Secondly, it should be proven that the receiving state is unable or unwilling to take measures to prevent the risk. Case law demonstrates that the Court uses a wider notion of protection in cases of harmful traditional practices since it also considers the protection

55 Spijkerboer 1999, p. 195.

56 Mascini and Van Bochove 2009, p.113 and 129.

57 Spijkerboer 2000, p. 185.

provided by the relatives – and particularly male family members – of the applicant sufficient for preventing the risk. This wide notion of the agent of protection is very shaky since it sets a different threshold for the availability of protection in the cases of harmful traditional practices. Moreover, it is very problematic because it reproduces the patriarchal social norms about women belonging to men and leaves the fate of female applicants in the hands of nicer males in the receiving country.

One of the key issues that has been studied in this paper is the normative standard that the court employs in defining the real risk. This normative standard rests on the very traditional notion of gender norms which attributes sets of characteristics to males and females. This normative framework is very rarely questioned because it has never been explicitly expressed in the Court's reasoning. This paper sought to demonstrate that the Court employs a gendered normative framework to apply its 'real risk test'.

The notion of internal flight relocation is often used as a stage in the assessment of the possibility of the real risk. However, similar to the assessment of asylum claims at the national level, the assessment of the possibility of internal relocation at the ECtHR follows a stereotypical notion of gender roles. The case law shows that gender stereotyping affects the claims of male and female applicants. The notions of dependence, weakness and poverty are used to define the vulnerability of the applicant. Therefore, if the applicant shows signs of independence, strength and health it is often assumed that he or she is able to build a relatively normal life in another part of the receiving country, and therefore does not need international protection. This perception of gender norms raises certain challenges since it leaves very little room for considering the claims of people who transcend accepted gender norms in their receiving country and sets certain requirements which are not necessarily relevant to the possibility of facing the risk of harmful traditional practices.

This short investigation has demonstrated that the Court employs a gendered test both in the assessment of the real risk the applicants face and in the assessment of the availability of internal relocation. The perception of gender norms plays an important part in the final assessment of the court. This stereotypical notion of gender norms leaves very little room for the assessment of the individual experiences of the applicants, and it ignores the distinctive characteristics of harmful traditional practices. Relying on gender stereotypes untimely excludes people who stand up against the suppressing gender norms of their society from international protection.

BIBLIOGRAPHY

Monographs and Articles

Althaus A. Frances, Female Circumcision, Rite of Passage Or Violation of Rights? *International Family Planning Perspectives*, Volume 23, Issue 3, September 1997, p. 130-133. (Althaus 1997)

Freedman Jane, Protecting Women Asylum Seekers and Refugees: From International Norms to National Protection? *International Migration* Volume 48, Issue 1, 2010, p. 154-172. (Freedman 2010)

Hathaway C. James, Foster Michelle, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination*, Cambridge University press, June 2013. (Hathaway 2013)

Kapur, Ratna, The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the “Native” Subject in International/Post-colonial Feminist Legal Politics, *Harvard Human Rights Law Journal*, Vol. 15, 2002. (Kapur 2002)

Mascini, Peter and Van Bochove, Marjolein, Gender Stereotyping in the Dutch Asylum Procedure: “Independent” Men versus “Dependent” Women, *International Migration Review (IMR)*, Volume 43, Issue 1, Spring 2009, p. 112-133. (Mascini and Van Bochove 2009)

Mole, Nuala, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, November 2007. (Mole 2007)

Ras-Work, Berhane, The impact of harmful traditional practices on the girl child, UNICEF Innocenti Research Centre, September 2006. (Ras-Work 2006)

Reinhard Marx, The Criteria of Applying the “Internal Flight Alternative” Test in National Refugee Status Determination Procedure, *International Journal of Refugee Law*, Volume 14 issues 2 and 3, 2002, p. 179-218. (Reinhard 2002)

Spijkerboer Thomas, *European Sexual Nationalism: Refugee Law After the Gender & Sexuality Critiques*, VU University Amsterdam - Nordic Asylum Seminar, University of Uppsala, 8 May 2015. (Spijkerboer 2015)

Spijkerboer Thomas, *Gender and Refugee*, Ashgate Publishing Company, 2000. (Spijkerboer 2000)

Spijkerboer, Thomas, Stereotyping and Acceleration Gender, Procedural Acceleration and Marginalised Judicial Review in the Dutch Asylum System. In Noll, Gregor (ed.), *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Nijhoff publishers, 2005. (Spijkerboer 2005)

Timmer, Alexandra, Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, Volume 11, Issue 4, 2011, p. 707-738. (Timmer 2011)

Toubia, Nahid, Female Circumcision as a Public Health Issue, *The New England Journal of Medicine*, Volume 311, Issue 11, 15 Sep 1994, p. 712-716. (Toubia 1994)

Treaties, Statutes and Legislation

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984, opened for signature December 1984, entered into force 26 June 1987.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950, opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953.

Convention relating to the Status of Refugees 1951, opened for signature 28 July 1951, entered into force 22 April 1954.

Directive 2011/95/EU The European Parliament And of The Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast) 13 December 2011.

International Case Law

ECHR

2013 D.N.M. v. Sweden, Application no. 28379/11, 27 June 2013

2013 S.A. v. Sweden, Application no. 66523/10, 27 June 2013

2012 A.A. and Others v. Sweden, Application no. 14499/09, 28 June 2012

2011 Admissibility decision of Omerdeo v. Austria, Application no. 8969/10, 20 September 2011

2011 Sufi and Elmi v. the United Kingdom, Applications nos. 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011

2010 N. v. Sweden, Application no. 23505/09, 20 July 2010

2007 Salah Sheekh v. the Netherlands, Application No. 1948/04, judgment of 13 January 2007

2007 Decision as to the admissibility of Collins and Akaziebie v. Sweden, Application no. 23944/05, 8 March 2007

2001 Hilal v. the United Kingdom, 45276/99, judgment of 6 June 2001

2001 Keenan v. the United Kingdom, Application No. 27229/95, judgment of 3 April 2001

2001 Price vs. the United Kingdom, Application No. 33394/96 Judgment of 10 July 2001

1999 Selmouni v. France, Application no. 25803/94, Judgment of 28 July 1999

1997 H.L.R. v. France, Application no. 24573/94, Grand Chamber judgment of 29 April 1997

1996 Chahal v. the United Kingdom, judgment of 15 November 1996

1991 Cruz Varas and Others v. Sweden, Application No: 15576/89, 20 March 1991

1991 Vilvarajah and Others v. the United Kingdom, Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, Chamber Judgment, 30 October 1991

1989 Soering v. the United Kingdom, Application No. 14038/88, judgment of 7 July 1989

1978 Tyrer v. the United Kingdom, Application No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, A 26

1978 Ireland v. the United Kingdom, Application no. 5310/71, 18 January 1978

Other Documents

Association for the Prevention of Torture: Torture in International law – A guide to jurisprudence, Switzerland, USA, 2008.

Coker-Appiah, Dorcas, The CEDAW convention and harmful practices against women: the work of CEDAW Committee. Prepared for Expert Group Meeting on good practices in legislation to address harmful practices against women United Nations Conference Centre in Addis Ababa, Ethiopia 25 to 28 May 2009.

Ras-Work Berhane, The Impact of harmful traditional practices on the girl child, United Nations Division for the Advancement of Women (DAW) in collaboration with UNICEF Expert Group Meeting Elimination of all forms of discrimination and violence against the girl child, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Italy, 25-28 September 2006.

UNCHR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002.

UNCHR, Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23 July 2003.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, 31 January 1994.

Internet Sources

Brems, Eva, Strong women don't need asylum (the European Court on FGM), available at <http://strasbourgobservers.com/2010/08/19>, last visited 28.01.2016

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner: Gender stereotypes/stereotyping, available at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>, last visited 31.3.2016

LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE ON THE REGULATION OF THE TAXICAB INDUSTRY IN FINLAND: NEED-BASED DISTRIBUTION OF TAXI PERMITS AND PRICE CONTROL

Anssi Ilari Rantala¹

Keywords:

legal barriers to entry, information asymmetry, price control, overregulation, taxicab markets, technological change, mobile applications

Asiasanat:

juridiset markkinoille pääsyn esteet, informaation epäsymmetria, hintasääntely, ylisääntely, taksimarkkinat, taksiliikennelaki, teknologinen muutos, älypuhelinsovellukset

ABSTRACT

In this article I evaluate the aims and means of the legislator in the regulation of the Finnish taxicab industry. Currently, the taxicab industry is one of the most regulated and restricted industries in Finland. Local state authorities limit the quantity of taxi permits which creates a barrier of entry to different kind of taxicab markets. Furthermore, taxi fares are regulated by a statutory price control mechanism. The explicit aim of the legislator is to ensure the nationwide supply of high quality taxicab services and to ensure safety of the rides both to customers and drivers. However, the implicit aim of the legislator is to ensure that the taxi business provides a sustainable source of income to the authorized taxi entrepreneurs. Due to the legal barriers to entry and the subsequent lack of competition, the entrepreneurs with the taxi permits are getting monopoly profits. The legislator's means to accomplish the aforementioned explicit goals are inefficient and contrary to the interests of the customers. Local state authorities have been given an impossible task to create a balance between supply and demand. A free market mechanism would do the job better. Additionally, there are more efficient ways to ensure safety of the customers and drivers than the existing legislation. Price regulation is unnecessary and also partly decreases competition. Issues with consumer protection could be resolved in lighter ways e.g. with duties to inform customers. Due to the latest smartphone applications, information asymmetry between customers and the taxi entrepreneurs is vanishing. Both the barriers to entry and the price control mechanism are not efficient enough to accomplish the legislator's explicit goals and their necessity should be evaluated very critically.

Oikeustaloustieteellinen katsaus taksiliikenteen sääntelyyn Suomessa: taksilupien määrän tarveharkinta ja hintasääntely

¹ LL.M., University of Helsinki and B.Sc. (Admin.), University of Tampere. This article is based on his lecture essay at Law and Economics course in the University of Helsinki. The writer is interested in various fields of law: procedural law, insolvency law, contract law, administrative law, legal theory, and regulatory theory. He works as an associate lawyer in the field of advocacy.

SISÄLLYS

1. Johdanto
- 1.1 Tausta ja kysymyksenasettelu
- 1.2 Lainsäätäjän tavoitteet ja keinot
2. Nykysääntelyn onnistuminen: tavoitteet ja tehokkuus
- 2.1 Taksipalvelujen saatavuus ja turvallisuus
- 2.2 Kohtuulliset hinnat
- 2.3 Haitallisten ulkoisvaikutusten hillitseminen
3. Muut sääntelytavat
- 3.1 Tarveharkinnan poistaminen
- 3.2 Hintasääntelyn poistaminen
- 3.3 Turvallisuustavoitteen toteutuminen
4. Lopuksi

Lähteet

I. JOHDANTO

I.1 Tausta ja kysymyksenasettelu

Taksiliikenteen sääntelyä tarkastellaan parhaillaan osana liikennekaaren säätämistyötä¹. Tällä hetkellä taksialaa säännellään Suomessa monin tavoin, vaikka alan suhteellinen merkitys koko kansantaloudelle on pieni. Taksialalle pääsyä säännöstellään taksilupamäärien tarveharkinnalla, taksikyytien hinta on säädelty ja alalla sovelletaan sopimuspakkoa. Lisäksi taksipalvelujen tarjontaa säännellään alueellisesti ja ajallisesti. Taksiala on eräs säännellyimmistä aloista Suomessa². Taksialan sääntelyä onkin pidetty klassisena esimerkkinä ylisääntelystä, jossa alaa säännellään usein eri tavoin ja osittain päällekkäin heikoin taloudellisin perustein. Ylisääntely syntyy, kun sääntelyn ongelmia pyritään kattamaan uudella sääntelyllä, joka vuorostaan luo uusia ongelmia.³ Sääntelyn taustalla on useita eri tavoitteita. Lainsäätäjän nimenomaisesti ilmaistuna tavoitteena on kuluttajan etu: laadukkaiden ja riittävien taksipalvelujen tarjonta kohtuullisin hinnoin. Lainsäätäjä esittää pyrkivänsä kysynnän ja tarjonnan kohtaamiseen.

Selvitykseni perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, että tosiasiaissa sääntely myös turvaa taksiyrittäjille sopivaksi katsottua toimeentuloa. Lainsäätäjän toimet ovat johtaneet alan yrittäjien lainsäädännölliseen suojeluun avoimelta ja kuluttajaa hyödyttävältä kilpailulta. Nykylainsäädäntö käytännössä suojaa ensisijaisesti taksiyrittäjien etua kuluttajien edun sijaan. Vapaaseen markkinamekanismiin ei luoteta, mitä on taloustieteellisesti perusteltu esimerkiksi taksiliikenteen haitallisilla ulkoisvaikutuksilla ja asiakkaan suojelemisella. Teknologinen kehitys 2000-luvulla on kuitenkin muuttanut taksiliikenteen markkinoita ja vienyt pohjaa pois tiukan sääntelyn puolesta puhuvilta argumenteilta, jos ne ovat edes olleet relevantteja suomalaisissa oloissa. Älypuhelin ja niihin kehitettyjen sovellusten avulla informaatiota on yhä helpommin saatavissa ja taksiyrittäjien välinen laatu- ja hintakilpailu helpompaa. Asiakkaan ja taksiyrittäjän välisen informaation epäsymmetrian ongelma, joka on monen nykyisen taksisääntelyratkaisun

1 Taksiliikennettä koskeva sääntely-ympäristö saattaa olla muuttumassa merkittävästi, jos liikenne- ja viestintäministeriön luonnos liikennekaareksi etenee taksiliikenteen sääntelyä koskevilta perusratkaisuiltaan eduskuntaan. Luonnoksen perusratkaisuina on mm. pitää taksiliikenne luvanvaraisena toimintana, mutta poistaa taksilupien määrien tarveharkinta ja hintasääntely korvaten ne informointivelvollisuuksilla (ks. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 1–2) sekä vapauttaa pienimuotoinen liikennöintitoiminta (10 000 €) luvanvaraisuudesta. Luonnos hallituksen esitykseksi julkaistiin vasta tämän artikkelin refereearvioinnin jälkeen 18.4.2016. Samalla siitä pyydettiin laajasti lausuntoja eri tahoilta (ks. liikenne- ja viestintäministeriön lausuntopyyntö 18.4.2016). Lausuntojen määräaika on vasta tämän artikkelin painoon jättämisen jälkeen, joten niitä ei ole voitu hyödyntää lähteenä. Artikkelin julkaisuhetkellä lukijalla lienee jo tiedossa, millaisessa muodossa liikennekaarta eduskunnassa käsitellään. Mainittakoon, että tämän artikkelin johtopäätökset puoltavat monelta osin liikennekaariluonnoksen taksiliikennettä koskevia perusratkaisuja. Sääntelyn nykytilaa koskevassa luvussa tehdään tarvittavin alaviitehuomioin merkinnät luonnostelluista muutoksista nykysääntelyyn.

2 Kilpailuviraston aloite 2011.

3 Ahonen 2011, s. 60 ja s. 174, Määttä 2012, s. 19 ja Kilpailuviraston lausunto 2011.

taloustieteellinen perustelu, on älypuhelinsovelluksilla ratkaistavissa tehokkaammin kuin sääntelyllä. Erityisesti taksilupien määrän rajoittaminen ja hintasääntely ovat nykytilanteessa tehokkuudeltaan kyseenalaisia. Lisäksi maailmalla monia taksialan hallinnollisia rajoitteita on purettu ja pyritty lisäämään kilpailua ja kustannustehokkuutta alalla⁴. Esimerkiksi Ruotsissa taksien määrä- ja hintasääntelystä luovuttiin jo vuonna 1990 ja Alankomaissa vaiheittain 2000-luvun taitteessa. Muutokset lähimaissa herättävät kysymyksen, olisiko tarpeen toimia näin myös Suomessa.

Tässä artikkelissa selvitän taksiliikenteen sääntelyn tavoitteita ja arvioin, saavutetaanko ne nykyisillä sääntelykeinoilla. Arvioitavana on myös, ovatko keinot taloustieteellisesti tehokkaita⁵ ja voisiko tavoitteiden saavuttamiseksi olla tehokkaampia sääntelyvaihtoehtoja. Onko itse tavoitteita tarvetta kritisoida? Tarkastelun näkökulma on oikeustaloustieteellinen ja sääntelyteoreettinen. Kyse on myös normatiivisesta taloustieteestä, jonka tarkoituksena on hyödyn eli utiliteetin maksimointi⁶. Tässä tapauksessa huomio kohdistuu taksilainsäädännöstä kuluttajalle tulevan hyödyn maksimointiin ensisijaisena moraalisena tavoitteena⁷. Nojaan lähdeaineiston teoriaan, empiriaan, lähteiden johtopäätöksiin ja omiin päätelmiin. Lainopillisia metodeja käytän sääntelytilanteen kartoittamiseen. Artikkelin laajuuden rajaamiseksi aihepiirin tarkastelu keskittyy taksiliikenteen suoraan hallinnolliseen ohjaukseen. Rajaan verotukseen liittyvän taksialan erityiskohtelun sekä julkiset kuljetuspalveluhankinnat tarkastelun ulkopuolelle.

1.2 Lainsäätäjän tavoitteet ja keinot

Alkuun tarkastelen lainsäätäjän tavoitteita, jotka ovat taksiliikennettä koskevien säädösten taustalla. Ilmeisen johtava tavoite on kirjattu suoraan taksiliikennelain (217/2007) 1§:ään.

Säännöksen mukaan taksiliikennelain tavoitteena on turvata laadukkaiden taksiliikennepalvelujen saatavuus, mitä on lain esitöissä pidetty keskeisenä tavoitteena⁸. Esitöissä nimettiin tavoitteiksi

-
- 4 Liikenne- ja viestintäministeriön työryhmän mietintö 2004, s. 6–7.
 - 5 Tehokkuutta arvioitaessa viitataan tässä erityisesti Kaldor–Hicks-kriteeriin Pareto-tehokkuuden sijaan. Taksiryittäjien mahdollisesti kokemat menetykset pienempien voittojen muodossa ovat siis tehokkaita, kunhan ne kompensoidaan esimerkiksi kuluttajille tulevina hyötyinä. Kaldor–Hicks-kriteeristä ja Pareto-tehokkuudesta ks. esim. Määttä 1999, s. 18 ja jälkimmäisestä myös esim. Tuomala 2009, s. 35–36.
 - 6 Kyse on moraalifilosofisena perusolettamuksena utilitarismista lainsäädännön oikeellisuuden mittapuuna. Vaikka utilitarismia voidaan kritisoida (ks. raskaasta kritiikistä esim. J.-P. Rentto Lakimies 1/2003, s. 111–120), on tässä tapauksessa utilitaristinen ajattelu paikallaan. Kyseessä on lainsäätäjän keinojen valinta, kun eksplisiittiseksi tavoitteeksi on asetettu hyödyn maksimointi ja sen jakaminen eri intressiryhmien välillä kuluttajalle edullisesti.
 - 7 Tässä artikkelissa ei ole mahdollisuuksia lähteä kyseenalaistamaan taksialan sääntelyn taustalla olevia tavoitteita kovinkaan laajasti, mutta hyvinvoinnin maksimointia vastaanärkeimmin kohdistuviin tavoitteisiin kohdistetaan kritiikkiä. Sinänsä sääntelyteoreettisessa näkökulmassa tarvittaessa myös norminantajan tavoitteita tulee voida kyseenalaistaa. Ks. Määttä 2009, s. 17–18.
 - 8 LiVM 34/2006 vp, s. 2. Liikennekaariluonnoksessa ei kirjata lain tarkoitusta säädösten taustalla. Luonnoksessa säädöksen yleisiksi perusteluiksi mainitaan tavoitteeksi myös taksiliikenteen osalta sääntelyn keventäminen ja yhdenmukaistaminen tinkimättä matkustajaturvallisuudesta ja saavutettujen esteettömien palvelujen tasosta. Myös palvelujen laadun ja saatavuuden varmistaminen pysyisi lainsäätäjän tavoitteena. Ks. Liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 66 ja 68.

myös säilyttää taksipalvelujen turvallisuus niin asiakkaan, kuljettajan kuin muiden tienkäyttäjien näkökulmasta, taksiliikenteen laadun ja saatavuuden parantaminen, taksien käytön lisääminen osana joukkoliikennettä, palvelujen monipuolistuminen ja yrittäjien erikoistuminen. Lisäksi tavoitteeksi nostetaan luvan saamisen nopeuttaminen ja perusoikeuksien toteuttamisen lisääminen.⁹ Taksinkuljettajien pätevyysvaatimuksia koskevan lainsäädännön esitöissä tavoitteiksi nimetään taksinkuljettajien ammattitaidon kehittäminen ja sen seurauksena asiakaspalvelun ja kuljetusten turvallisuuden parantaminen sekä liikenneturvallisuuden lisääminen¹⁰. Lisäksi taksiliikennelain muutosten esitöissä on nimetty erinäisiä erityisiä tavoitteita kuten taksipalvelujen saatavuuden parantaminen erityisesti kuntaliitosalueilla ja kuluttajien aseman parantaminen maaseudulla, taksiluvanhakijoiden keskinäisen yhdenvertaisuuden parantaminen, lupaviranomaisen toiminnan helpottaminen sekä taksipalveluja käyttävien asiakkaiden turvallisuuden ja kuluttajansuojan parantaminen sekä taksipalveluiden laadun, luotettavuuden ja toimivuuden ylläpitäminen käytännössä¹¹. Taksiliikennelain 19 §:n 2 momentin tavoitteena on, että taksiliikenteen tarjonta vastaisi kysyntään myös ajallisesti: takseja tulisi riittää liikenteessä myös kysyntähuippujen aikaan¹². Päättavoitteina on siis laadukkaiden taksipalveluiden laaja saatavuus ja taksin käyttämisen turvallisuus¹³. Lisäksi lainsäädännön taustalla voidaan nähdä myös kuluttajien etu taksipalveluiden kohtuuhintaisuuden turvaamisena – varsinkin, jos laajalla saatavuudella tarkoitetaan alueellisen ja ajallisen saatavuuden lisäksi myös laajaa sosioekonomista saatavuutta. Siten lainsäätäjän tavoitteena on, että taksipalveluiden tarjonta vastaa kysyntään niin alueellisesti ja ajallisesti kuin kuluttajakohtaisesti hinnaltaan kohtuullisena.

Taksiliikennelaki sisältää edellä mainitut lainsäätäjän tavoitteiden toteuttamiskeinot. Laki sisältää ensinnäkin taksiluvan saamisen edellytykset. Pääsääntöisesti henkilöautolla tai vastaavalla tapahtuva tilaushenkilökuljetus sekä kuljetus taksiasemalta tai kadulta pysäytettynä vaatii taksiluvan. Taksilupa on lupa harjoittaa tällaista elinkeinotoimintaa.¹⁴ Taksilupa sallii taksitoiminnan vain yhdellä ajoneuvolla, joten useamman auton toimintaa varten tarvitaan yhtä monta lupaa kuin on ajoneuvojakin. Luvaton taksiliikenteen harjoittaminen henkilö-, paketti- tai kuorma-autolla on kielletty taksiliikennelain 28 §:n 1 momentissa sakon tai enintään puolen vuoden

9 HE 38/2006 vp, s. 17–18. Sinänsä kiintoisaan kysymykseen perusoikeuksien toteuttamisesta taksilupia koskevassa lainsäädännössä ei voida tässä artikkelissa paneutua.

10 HE 33/2009 vp, s. 7.

11 HE 82/2009 vp, s. 6, HE 72/2011 vp, s. 1 ja 13 sekä HE 32/2010 vp, s. 8.

12 HE 38/2006 vp, s. 30.

13 Esitöissä turvallisuus on nähty ensisijaiseksi tavoitteeksi (HE 38/2006 vp, s. 17).

14 Taksitoiminnan juridinen määritelmä on tarkemmin taksiliikennelain 2 §:n 1 momentin 3 kohdassa ja eräässä siihen liittyvässä EU-asetuksessa, joihin ei ole mahdollisuutta eikä tarvetta tässä paneutua. Ero taksitoiminnan ja muun tieliikenteen välillä lienee helppo hahmottaa. Tosin älypuhelin teknologian myötä ero taksitoiminnan ja linja-autoliikenteen välillä on hämärtyvässä, mistä esimerkkinä on Helsingissä toiminut Kutsuplus-palvelu (ks. palvelusta esim. Pöllänen ym. 2015, s. 31). Liikennekaari luonnoksessa vaaditaan taksitoimintaa varten joko taksiliikennelupa tai henkilöliikennelupa. Näistä jälkimmäisen edellytykset olisivat tiukemmat, mutta se sallisi myös linja-autotoiminnan harjoittamisen. Luonnoksessa sallittaisiin mm. juuri tämän Kutsuplus-palvelun kaltaisen yksityisen toiminnan syntymiseksi taksiliikenteen harjoittaminen myös linja-autoliikenteen toimijoille (liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 62).

vankeusrangaistuksen uhalla¹⁵. Taksiluvan saamisen edellytykset jakautuvat taksiliikennelain 6 ja 7 §:n mukaisiin henkilöä koskeviin edellytyksiin sekä 4 luvun mukaiseen viranomaisen suorittamaan tarveharkintaan enimmäislupamäärästä. Henkilöön liittyvät edellytykset vaativat luvansaajalta muun muassa täysi-ikäisyyttä, kokemusta taksinkuljettamisesta, hyväksytyttä taksiryrittäjäyyskursssia ja hyvämaineisuutta.¹⁶ Taksiluvan voi saada luonnollisen henkilön sijaan oikeushenkilökin, jos sen liikenteestä vastaava luonnollinen henkilö täyttää edellä mainitut edellytykset.¹⁷ Taksialan sääntelyyn liittyvät myös erityiset vaatimukset taksinkuljettajille. Lailla taksinkuljettajien ammattipätevyydestä (695/2009) ja sitä tarkentavassa valtioneuvoston asetuksessa taksinkuljettajien ammattipätevyydestä (825/2009) säädetään taksinkuljettajien pätevyysvaatimuksista. Niiden täyttämisen valvomiseksi taksinkuljettajalta vaaditaan etukäteen hallinnollinen taksinkuljettajan ajolupa, jonka nykyään myöntää Liikenteen turvallisuusvirasto. Ajoluvan myöntämisen edellytyksenä on muun muassa terveysvaatimusten täyttäminen ja paikallistuntemus. Jälkimmäistä osoittaa hyväksytysti suoritettu taksinkuljettajan koulutus ja koe. Taksinkuljettajan ajoluvilla ei ole hallinnollisia määrärajoituksia, vaan lupien määrää koskeva tarveharkinta kohdistuu vain taksiajoneuvojen määrään. Lupa on voimassa viisi vuotta kerrallaan ja 68 vuotta täyttäneillä kaksi vuotta kerrallaan.¹⁸

-
- 15 HE 32/2010 vp, s. 17. Lainmuutoksen 612/2010 yhteydessä säännöstä selvennettiin siten, ettei luvaton polkupyörällä suoritettava taksitoiminta ole rangaistavaa. Samalla kuorma- ja pakettiautoilla tapahtuva luvaton taksitoiminta säädettiin rangaistavaksi. Taksiliikennelain 28 §:n 2 momentin mukaisesti taasen kolmipyöräisellä mopolla ja mopoautolla tapahtuvasta luvattomasta kuljettamisesta voi seurata sakkoo, muttei vankeutta. Säännöksessä viitataan nyt jo kumottuun ajoneuvolain 13 §:ään (kumottu lainmuutoksella 1609/2015), joten rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen vuoksi mopoautolla luvattoman taksitoiminnan harjoittaminen ei tällä hetkellä välttämättä ole rangaistavaa. Se vaikuttaa lainsäätäjän lapsukselta, jota ei tiettävästi ole testattu oikeuskäytännössä. Liikennekaariluonnoksessa luvattoman taksitoiminnan rangaistusseuraamus pysyisi, mutta lupaa ei vaadittaisi, jos henkilön korvaukset toiminnasta eivät ylitä 12 kuukauden ajanjaksolla yli 10 000 euroa eikä lupaa vaadittaisi, jos ajoneuvon enimmäisnopeus olisi 40 kilometriä tunnissa. Ks. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 67 ja 156.
- 16 Taksilupien vaihdanta ja muu luvutus on kielletty taksiliikennelain 11 §:n nojalla. Luonnollinen henkilö ei saa siirtää lupaa vastikkeettakaan toiselle. Kiellon kiertäminen yrityksen myymisen avulla on estetty. Taksiliikennelain 11 §:n 2 momentin mukaan jos taksiluvallinen oikeushenkilö myydään, sen on haettava uutta lupaa kuuden kuukauden kuluessa luovutuksesta saadakseen jatkaa liikennettä. Vastikkeetta luovuttamista on helpotettu lain 11:n § 3 momentin mukaisesti sukupolvenvaihdostilanteissa, mutta vain jos taksiluvan haltija-oikeushenkilö luovutetaan määräävässä asemassa olevan henkilön lähisukulaiselle. Tällöinkin luovutus onnistuu oikeuskäytännön perusteella vain, jos se ei johdu määräävässä asemassa olevan luonnollisen henkilön kuolemasta. Mikäli taksiluvan haltija kuolee, on kuolinpesällä oikeus jatkaa toimintaa taksiliikennelain 23 §:n 1 momentin mukaisesti vain 18 kuukauden ajan. Saman säännöksen mukaan luvanhaltijan konkurssitilanteissa konkurssipesällä on oikeus taksitoiminnan jatkamiseen vain kolmen kuukauden ajan.
- 17 Liikennekaariluonnoksessa taksiliikenneluvan henkilöön liittyvät myöntämisedellytykset olisivat pääosin samat, joskin taksiryrittäjäyyskurssin suorittamisvaatimus poistettaisiin sekä lisättäisiin ja tarkennettaisiin lukuisia vaatimuksia liittyen luvansaajan hyvämaineisuuteen ja taloudelliseen asemaan. Ks. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 138–139.
- 18 Liikennekaariluonnoksessa taksinkuljettajan ajolupavaatimuksesta ehdotetaan luovuttavan kokonaan. Taksinkuljettajan ainoaksi pätevyysvaatimukseksi jäisi vähintään B-luokan ajo-oikeus ja ettei henkilö ole syyllistynyt rikoksiin, jotka estävät työskentelyn lasten kanssa tai erinäisiin liikenne rikoksiin. Vastuu näiden pätevyysvaatimusten valvonnasta olisi luvanhaltijalla. Ks. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 118. Pätevyysvaatimuksia löyhennettäisiin huomattavasti nykyisestä.

Tarveharkinnan pääajatus on, että viranomainen (paikallinen ELY-keskus) kykenee arvioimaan kysynnän ja tarjonnan alueella sekä mitoittamaan taksilupien enimmäismäärän niiden mukaan. Tarveharkinnalla tavoitellaan tasapainoa, jossa taksilupia on niin paljon, että palvelun tarve tulee tyydytetyksi, mutta toisaalta niin vähän, että kaikki tai lähes kaikki luvanhaltijat saavat ainakin kohtuullisen toimeentulon yleensä yhdellä autolla harjoitetusta liikenteestä.¹⁹ Taksiliikennelain 19 §:n mukaisesti taksilupien enimmäismäärä määritetään vuosittain kuntakohtaisesti. Tätä arviointia varten paikallisten ELY-keskusten tulee seurata alueen kysyntää ja tarjontaa taksiliikennelain 20 §:n mukaisesti. Säännöksen 2 momentissa nimetään ELY-keskuksen velvollisuudeksi kerätä ja seurata ainakin seuraavia kysyntään vaikuttavia tietoja: väestökehitys, väestön tulotaso, taajama-aste, työpaikkaomavaraisuus, katu- ja tieverkon pituus, vuodepaikkatiheys, anniskelulupatiheys, matkustajaterminaalit ja joukkoliikenteen määrä. Tarjontaan vaikuttavista tiedoista ELY-keskusten tulee kerätä ja seurata ainakin näitä tietoja: voimassa olevien taksilupien määrä, taksiliikenteen liikevaihto, ajojen määrä kilometreinä autoa kohden, yrityskoko sekä taksien tilausvälityskeskusten välittämien ja välittämättä jääneiden tilausten määrä. Säännöksen luettelot eivät ole tyhjentyviä, mutta nämä tiedot ovat oleellisen tärkeitä enimmäislupamääriä vahvistettaessa. Käytännössä tietojen keruu voisi esitöiden mukaan tapahtua esimerkiksi pitämällä yhteyttä kuntiin ja elinkeinoelämää edustaviin tahoihin sekä keräämällä palautetta kuluttajilta.²⁰ Taksiliikennelain 25 §:n nojalla taksiluvan haltijalla on velvollisuus toimittaa ELY-keskukselle tietoja vuotuisesta liikevaihdostaan ja ajokilometrien määrästä sekä luvan myöntämisen ja peruuttamisen sekä liikenteen valvonnan kannalta tarpeellisia tietoja. Säännöksen 2 momentin nojalla tietoja voidaan vaatia myös tilausvälityskeskukselta²¹.

Taksilupia ei siis välttämättä myönnetä kaikille henkilöön liittyvät edellytykset täyttävälle hakijoille, vaan lupien määrä on rajattu²². Lupien myöntämisharkintaa on hieman oikeudellisesti sidottu. Taksiliikennelain 10 a §:n mukaan lupa myönnetään pääsääntöisesti siinä järjestyksessä, kuinka pitkä työkokemus hakijalla tai liikenteestä vastaavalla henkilöllä on taksinkuljettajana. Poikkeuksellisesti, jotta taksipalvelut säilyisivät myös haja-asutusalueilla, pääkaupunkiseudun sekä eräiden muiden suurten kaupunkien ulkopuolella taksilupa myönnetään ensisijaisesti

19 KKO 2010:42, perusteluiden kappale 13 ja liikenne- ja viestintäministeriön mietintö 2004, s. 29.

20 HE 38/2006 vp, s. 30. Säännöstä muutettiin nykyiseen muotoonsa säädöksellä 1314/2009, jolla ainoastaan siirrettiin lääninhallitusten velvollisuudet ELY-keskuksille (HE 208/2009 vp, s. 12).

21 Tilausvälityskeskuksella tarkoitetaan taksiliikenteen harjoittamiseen liittyvää pysyväisluonteista toimintaa, jossa asiakkailta tulevia tilauksia vastaanotetaan ja välitetään ajossa oleviin taksiautoihin (HE 38/2006 vp, s. 29). Tilausvälityskeskusten toiminta ei vaadi lupaa, vaan ainoastaan taksiliikennelain 15 §:n mukaisen ilmoituksen ELY-keskukselle.

22 Liikennekaari luonnoksessa ehdotetaan tarveharkintaa poistettavaksi kokonaan. Lupien enimmäismäärästä ja asemapaikkasääntelystä luovuttaisiin, jolloin ei myöskään olisi tarvetta rajoittaa taksilupaa ajoneuvo kohtaiseksi, vaan lupa olisi toimijakohtainen. Taksiliikenneluvat myöntäisi Liikenteen turvallisuusvirasto ELY-keskusten sijaan. Ks. muutoksista yleisesti esim. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 67.

sille, joka hakee lupaa kuntaa pienemmälle asemapaikalle, jos asemapaikan etäisyys kuntakeskuksesta on vähintään 20 kilometriä eikä asemapaikalla ole voimassa olevia taksilupia²³. Tällöinkin luvanhakijan tulee täyttää edellä mainitut henkilöön liittyvät edellytykset.

Tavoite kohtuuhintaisista taksipalveluista näkyy hintasääntelyssä. Taksiliikennelain 16 §:ssä ja sitä tarkentavassa vuosittaisessa valtioneuvoston asetuksessa²⁴ säädetään taksipalveluissa veloittavista enimmäistaksoista. Hintasääntely koskee vain kuluttajahintoja eli yksityishenkilöiden taksipalveluiden kulutusta²⁵. Taksiliikennelain 16 §:n 1 momentin mukaisesti kuluttajilta perittävä enimmäishinta koostuu perusmaksusta, ajomatkamaksusta ja odotusmaksusta. Lisäksi taksiyrittäjä voi periä ennakkotilausmaksun sekä avustamis-, lentokenttä- ja tavarankuljetuslisää. Ajomatkamaksu määräytyy taksaluokittain sen mukaan, kuinka monta henkilöä on kuljetettavana. Taksiliikennelain 16 §:n 2 momentin mukaan enimmäishintojen, ennakkotilausmaksun ja muiden lisämaksujen tulee olla kustannussuuntautuneita siten, että niihin sisältyy kohtuullinen voitto. Kustannustason muutoksia tarkastellaan taksiliikenteen kustannusindeksin perusteella.

Taksiliikenteessä sovelletaan sopimuspakkoa. Taksiliikennelain 12 §:n mukaisesti taksiluvan haltija on velvollinen pyydettäessä suorittamaan luvan mukaisen henkilökuljetuksen pääasiallisella toiminta-alueellaan, jollei jokin laissa mainittu syy estä kuljetusta. Taksiluvassa vahvistetaan liikenteen asemapaikka, jolla taksiliikennelain 2 §:n 5 kohdan mukaan tarkoitetaan sitä paikkaa tai kuntaa, josta liikennettä harjoitetaan ja jonne liikenteessä käytetty auto viedään ajon tai toimeksiannon päätyttyä.²⁶ Liikenteen asemapaikka liittyy siten sopimuspakon pääasiallisen toiminta-alueen määrittämiseen. Käytännössä toiminta-alue määritetään yleensä luvanhaltijan omalla päätöksellä²⁷. Taksiluvan haltijalla on velvollisuus palauttaa ajoneuvo liikenteen asemapaikkaan ajovuoron päätyttyä²⁸. Vaikka taksilupa sallii toiminnan koko maassa, tällä tavoin rajoitetaan tosiasiaassa luvanhaltijan toimintaa tehokkaasti vain asemapaikan

23 HE 72/2011 vp, s. 20. Väärinkäytösten estämiseksi tätä 20 kilometrin sääntöä ei sovelleta Helsingin, Vantaan, Espoon, Kauniaisten, Turun, Tampereen ja Oulun alueelle haettuun lupaan.

24 Asetus annetaan vuosittain viimeistään 30.6. (taksiliikennelaki 16 § 3 momentti). Tätä artikkelia painoon jätettäessä voimassa on valtioneuvoston asetus taksiliikenteen kuluttajilta perittävistä enimmäishinnoista (796/2015) eli vuoden 2016 asetuksen hintakehitys ei ole tiedossa. Valtioneuvoston asetukset (VNa) ovat olleet rakenteeltaan ja sisällöltään hyvin samanlaisia, lähinnä ainoastaan enimmäishintoja on muutettu (ks. esim. VNa 796/2014, 460/2013, 313/2012, 778/2011, 615/2010, 444/2009 ja 443/2008).

25 Ks. HE 38/2006 vp, s. 29, jonka mukaan kuluttajana pidettäisiin luonnollista henkilöä, joka hankkii taksipalveluja pääasiassa muuhun tarkoitukseen kuin harjoittamaansa elinkeinotoimintaa varten. Hallituksen esityksen mukaan säädettyä taksaa sovellettaisiin myös muihin kuin kuluttaja-asiakkaisiin, jos sopimusta muusta hinnoittelusta ei olisi tehty.

26 KKO 2010:42, perusteluiden kappale 14.

27 HE 38/2006 vp, s. 28.

28 HE 38/2006 vp, s. 24, jossa ei ole pidetty palauttamisvelvollisuutta kuitenkaan aivan ehdottomana: "Asemapaikalle ei tarvitsisi palata välittömästi, jos kysyntä edellyttää vieraalla asemapaikka-alueella viipymistä. Oman asemapaikan kysynnän tyydyttäminen olisi kuitenkin ensisijainen tehtävä."

lähettyville²⁹. Käytännössä asemapaikkavaatimus vaikuttaa alalla ymmärretyin siten, että ajoneuvo on vietävä viivytyksettä takaisin omalle asemapaikalle kyydin jälkeen, vaikkei tällaista vaatimusta oikeuslähteistä ilmene³⁰. Lisäksi taksiliikennelain 13 §:n mukaisesti taksiliikenteessä on ajovuorojärjestys, josta ELY-keskus päättää taksiluvan haltijoiden aloitteesta. Taksipalvelua on tarjottava vähintään vuorojärjestyksen määräämänä aikana. Ajovuorojärjestyksen tarkoitus on mitoittaa tarjonta kysyntää ajallisesti vastaavaksi. Viranomaisen vahvistaa ajovuorojärjestyksen yleensä kuntakohtaisesti.³¹ Kun ajovuorojärjestystä ei ole maaseutumaisissa kunnissa tai kun taksin asemapaikka on vähintään 20 kilometrin päässä kuntakeskuksesta, taksinluvanhaltija on velvollinen ilmoittamaan itse tai yhdessä muiden paikkakunnan autoilijoiden kanssa puhelinpalvelussa, verkkosivuilla tai sanomalehdessä sellaisten viikonpäivien ja vuorokaudenaikojen päivystyksistä tai sovitusta päivystysvuoroista, joina kysyntä on vähäistä (taksiliikennelain 12 §:n 3 momentti). Ilmoituksen avulla taksinluvanhaltija voi rajoittaa muutoin ympärivuorokautista ajovelvoitetta (sopimuspakkoa), kun ajovuorojärjestys ei ole sitä rajoittamassa³².

2. NYKYSÄÄNTELYN ONNISTUMINEN: TAVOITTEET JA TEHOKKUUS

2.1 Taksipalvelujen saatavuus ja turvallisuus

Viranomaisen etukäteisellä taksilupamäärien tarveharkinnalla pyritään taksipalveluiden saatavuuden turvaamiseen eli varmistamaan kysynnän ja tarjonnan kohtaaminen³³. Onnistutaanko tässä? Kysynnän ja tarjonnan kohtaamisen toteuttaminen viranomaisen etukäteisharkinnan kautta vaatii valtavasti ylätasolle keskitettyä informaatiota markkinoista, ja tätä tietoa olisi vielä kyettävä onnistuneesti prosessoimaan³⁴. Esitän alla, ettei viranomaisen kykene hankkimaan riittävästi tätä tarvittavaa markkinainformaatiota.

29 Ks. esim. ratkaisu KHO 14.1.2014, taltionumero 78, jossa KHO totesi: "Taksilupa, samoin kuin siihen tehtävät muutokset, myönnetään muun muassa liikennetarpeen perusteella. Lupaan merkitty asemapaikka on yksi keino ohjata autot tietyn paikkakunnan ajoihin, kun määräys velvoittaa autoilijaa olemaan yleensä saatavilla ajoihin asemapaikalla. Autoilija voi viedä asiakkaan minne tahansa Suomessa ja sitoutua toimeksiantoon muualla, mutta ei voi vapaasti jäädä odottelemaan kyytejä asemapaikkansa ulkopuolelle. Oman asemapaikan kysynnän tyydyttäminen on ensisijainen tehtävä."

30 Ks. Liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 17, jossa esitetään virheellisesti kyseessä olevan sääntelyn nykytila. Liikennekaariluonnos ei sisällä sopimuspakkoa.

31 HE 38/2006 vp, s. 28.

32 Ks. HE 72/2011 vp, s. 24, jossa mainitaan myös, että taksiluvanhaltijat voisivat sopia keskenään, miten palveluja hiljaisina aikoina tarjotaan.

33 Vähintäänkin määränsääntelyllä pyritään turvaamaan maantieteellisesti oikea ja kysyntää vastaava taksikapasiteetin jako. Kapasiteetin jakautumista ajallisesti joudutaan täydentämään ajovuorojärjestelyin. Ks. Ahonen 2011, s. 179.

34 Ahonen 2011, s. 12.

Taksiliikennelain 20 §:ssä tiedonkeruun ongelma pyritään ratkaisemaan selostamalla viranomaiselle lukuisia eri kysynnän ja tarjonnan parametreja, jotka tarveharkinnassa tulee huomioida. Onnistuakseen viranomaisen tarvitsisi kuitenkin paljon tutkimustietoa eri aihealueista, sillä sen tulisi huomioida vielä muutkin mahdolliset seikat kuin laissa mainitut parametrit. Kilpailuviraston katsauksessa muutaman vuoden takaa on todettu, ettei vuosittain tehtäviä taksilupien määrien kiintiöpäätöksiä varten ole saatavissa tarpeeksi oikeanlaista tilastotietoa³⁵. Tilanne ei liene Tilastokeskukseen ja julkiseen sektoriin muutoinkin kohdistuneiden säästöpainneiden myötä helpottunut. Vaikka riittävästi oikeaa informaatiota saataisiinkin, sen onnistunut prosessointi on silti vaikeaa. Viranomaisen resurssit prosessoida ja analysoida sille tulevaa informaatiota ovat hyvin rajatut. Lisäksi hallinto-oikeudelliset velvoitteet asettavat omat rajoitteensa uuteen tietoon reagoinnille, sillä viranomaisen toiminnan on oltava luotettavaa ja ennakoitavaa³⁶.

Viranomaisen ei ole markkinatoimija eikä siten kentällä havainnoimassa osapuolten tarpeita. Sillä ei ole myöskään hajautetun järjestelmän markkinamekanismia apunaan. Osapuolten tarpeiden selvittäminen vaatisi jatkuvaa empiiristä tutkimusta, joka luonnollisesti vaatii paljon resursseja. Toinen vaihtoehto on asettaa alalla oleville markkinasubjekteille laajoja informaationtuottamisvelvollisuuksia, mutta tällöin annetun informaation puolueettomuuteen ja oikeellisuuteen ei voi täysin luottaa. Vaikka väärin tietojen antamisen valvonta ja sanktiointi estäisi väärän tiedon antamisen, eivät informaation antajat ole osapuoliasemansa johdosta riippumattomia tiedon tuottamisessa. Näin informaation tuottaminen painottuu siis puutteelliseen empiiriseen tutkimukseen tai markkinaosapuolten antamaan epäluotettavaan informaatioon.

Viranomaisten harjoittama hallinnollinen ohjaus on altis niin kutsutulle regulaatioloukulle. Tällöin viranomaisten ratkaisuissa, tässä tapauksessa annetun informaation analysoinnissa, painottuu alan toimijoiden intressi yleisen intressin sijaan.³⁷ Kyse on sääntelyn epäonnistumisilmiöstä (regulatory failure), jonka syyksi institutionaaliset teoriat ehdottavat informaation epäsymmetriaa³⁸. Epäsymmetria on nähtävissä siinä, kuinka alan toimijat voivat tuottaa puolueellista informaatiota, jota viranomaisella ei välttämättä ole tosiasiallista mahdollisuutta kyseenalaistaa. Taksipalveluiden tapauksessa eniten informaatiota saadaan alalla jo olevilta luovalliltilta taksiryttäjiltä, joten regulaatioloukun vaara on olemassa. Regulaatioloukun syynä

35 Ahonen 2011, s. 178.

36 Ks. Hämeenlinnan HaO 21.5.2010, diaarinumero 10/0205/4. Tapauksessa silloinen toimivaltainen viranomaisen, lääninhallitus, oli päättänyt myöntää liikennetarpeen arvioinnin perusteella 130 uutta taksilupaa. Myöhemmin varsinaisia taksilupahakemuksia ratkaistessaan lääninhallitus olisi halunnut pudottaa suhdannemuutoksen vuoksi uusien lupien määrän 95 lupaan, mitä hallinto-oikeus ei hyväksynyt.

37 Määttä 1999, s. 99. Määttä selostaa esimerkinomaisesti tilannetta ympäristöoikeudessa, kun viranomaisen painottaa saastuttajan intressiä yleisen intressin sijaan. Tähdennettäköön, että alan toimijoita voidaan päätyä suosimaan, vaikka kyse ei olisi lahjusrikoksista.

38 Baldwin, Cave & Lodge 2012, s. 76.

voi olla myös jonkinlainen sääntelijän kokema moraalinen velvollisuus huolehtia alan toimijoiden eduista. Näin kävi New York Cityn taksien määrä sääntelyssä vuosina 1937–1971, kun sääntelijä laiminlöi kokonaan kokonaisetua tavoittelevan suunnittelun ja keskittyi kuuntelemaan luvallisten taksiryttäjien mielipiteitä. Lopputulemana oli kova pula laillisista taksipalveluista ja laaja laittomien taksien tarjonta.³⁹

Taksiliikenteen osalta onkin perusteltua kysyä, miten paikallinen ELY-keskus pystyy arvioimaan taksipalveluiden tarjonnan maksimin riippumattomasti saavuttaen tasapainon kysynnän ja tarjonnan välillä, kun siltä viranomaisena puuttuvat riittävät resurssit tuottaa ja prosessoida informaatiota⁴⁰. On vaara, että viranomaisen arvioon taksipalveluiden tarjonnan enimmäismäärästä vaikuttaa liiallisesti alalla toimivien taksiryttäjien intressi. Se on markkinatasapainon sijaan voittojen maksimointi. Luonnollisesti alalla olevat taksiryttäjät haluavat varmistaa taksilupien enimmäismäärän asettamisen alhaalle, jotta kilpailua olisi mahdollisimman vähän. Tällöin ryttäjille olisi tarjolla kyytejä mahdollisimman paljon mahdollisimman korkein hinnoin. Koska viranomaisen mahdollisuudet kerätä puolueetonta informaatiota ovat puutteelliset, se voi joutua kuuntelemaan tarkasti alan ryttäjiä⁴¹. Vaikka puolueetonta informaatiota onnistuttaisiin taksiliikennelain 20 §:n hengessä keräämään laajasti, on sen prosessointi vaarassa jäädä epätäydelliseksi ja pahimmillaan regulaatioloukun vuoksi vajavaiseksi ja luvallisia taksiryttäjiä suosivaksi.

Tarveharkinnan onnistuminen kysynnän ja tarjonnan tasapainon löytämisessä on siis vähintäänkin kyseenalaista, koska informaatio alan toimijoiden ja viranomaisten kesken on epäsymmetristä. Kansainväliset empiiriset havainnot viittaavat päätelmien olevan oikeasuuntaisia.⁴² Tarveharkinnan ja muiden vastaavien alalle tulon esteiden poistamisen jälkeen laillisten taksipalveluiden määrä on monissa maissa huomattavasti kasvanut, mikä viittaa viranomaisten olevan taipuvaisia arvioimaan kysynnän liian alhaiseksi lupien maksimimäärää harkitessaan. Näin on tapahtunut esimerkiksi Ruotsissa, Irlannissa ja Uudessa-Seelannissa.⁴³

39 Shreiber 1975, s. 276–279. Vaikka Shreiber kirjoituksessaan nimenomaan perustelee taksipalveluiden määrä sääntelyn tarpeellisuutta, hän tulee tarjonneeksi New York Cityn tilanteesta hyvän esimerkin keskitetyn määrä sääntelyn epäonnistumisesta vieläpä taksialalta.

40 Poleemisesti voisi huomauttaa: mikäli viranomaisen etukäteissuunnittelun perusteella kysynnän ja tarjonnan tasapaino olisi edes lähellekään saavutettavissa, suunnitelmatalousjärjestelmä olisi edelleen Euroopassa voimissaan. Taloustieteessä peruseriaatteena pidetään vapaiden markkinoiden olevan yleensä hyvä tapa järjestää talouden toiminta. Pohjola ym. 2006, s. 63.

41 Puhumattakaan taksilupien määrä sääntelyä täydentävästä ajallisesta tarjontasääntelystä (ajovuorojärjestyksistä). Ajallinen taksikapasiteetin määrän sääntely ja valvonta on hallinnollisen työläyden vuoksi siirtynyt käytännössä ELY-keskuksilta taksiryttäjille itselleen. Ahonen 2011, s. 180.

42 Luonnollisesti näiden teoreettisten päätelmien testaaminen vaatisi ELY-keskusten työn empiiristä tutkimusta nimenomaan Suomen oloissa.

43 Weimer & Vining, 2014, s. 163. Ruotsista ks. myös VTI 2013, s. 50. Lainlaatumistyössä Suomessa enimmäislupamäärien poistamisen on arveltu todennäköisesti lisäävän alalle tulijoiden määrää. Ks. liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 82.

Taksien määrän rajoittamisen on empiirisesti todettu tosiasiasa vähentävän taksien määrää liikenteessä suhteutettuna asukaslukuun, kun määrää verrataan rajoituksettomiin tilanteisiin. Seurauksena on pulaa taksipalveluista, koska tarjonta ei pysty vastaamaan kysyntään erityisesti ruuhkahuippuaikoina tai -alueilla.⁴⁴ Pulan vuoksi taksipalvelujen jonottaminen aiheuttaa suuret hyvinvointitappiot vaihtoehtokustannusten vuoksi. Liian vähäinen taksien määrä aiheuttaa myös hintojen nousua. Asiakkaille aiheutuu hyvinvointitappioita, koska saatavuudeltaan rajoitetun taksipalvelun veloitusmaksat pyrkivät nousemaan. Lisäksi on mahdollista, että hinnat nousevat myös siksi, että kilpailun puuttuessa matkan hintaa saatetaan kasvattaa hitaamman reitin valinnalla. Heikossa kilpailutilanteessa yksittäisen matkan pidentämiselle on kannusteita.⁴⁵

Yleisesti esitetyn perustelun mukaan taksien määrän rajoittaminen on välttämätöntä, jotta julkinen valta voi valvoa ja varmistaa taksitoiminnan turvallisuuden. Päätelyketjun mukaan ilman määrärajoituksia taksialalla vallitsisi niin kova kilpailu, että voittojen pienentyessä taksien turvallisuudesta tingittäisiin.⁴⁶ Kyse on siis siitä, että määrärajoitusten aikana julkinen valta pystyy varmistamaan monopolivoittojen käyttämisen turvallisuuteen. Turvallisuustavoite olisi näin itse asiassa vastakkainen taksipalvelun tavoitettavuuden kanssa; turvallisuus nimenomaan vaatisi taksipalveluiden liian vähäiseksi mitoitettua tarjontaa. Alalle tulon rajoittaminen, jota taksilupien määrän rajoittaminen puhtaimmillaan edustaa, voi toki edistää turvallisuustavoitetta, mutta aiheutuvien hyvinvointitappioiden vuoksi se on tehoton keino.

2.2 Kohtuulliset hinnat

Onnistuuko hintasääntely kohtuullisten hintojen takaamisessa? Onnistuu ainakin siten, etteivät hinnat nouse säädettyjen enimmäistaksojen yli, kunhan säännösten valvonta ja sanktiot ovat riittävällä tasolla eli kunhan rangaistuksen odotusarvo on negatiivinen⁴⁷. Tässä ei ole ollut Suomessa ongelmia käytännössä, koska luvalliset taksiyrittäjät ovat selvästi ELY-keskuksien valvonnan piirissä. Viime kädessä taksiliikennelain 22 §:n mukainen luvan peruuttaminen toimii tehokkaana uhkana. Hintasääntely koskee vain kuluttajahintoja, eli esimerkiksi kuntia ja yritysasiakkaita se ei koske.⁴⁸

Kysymykseksi jää, onko norminantajan vahvistama enimmäishinta kohtuullinen. Kykeneekö norminantaja tällaiseen päätöksentekoon? Tässä törmätään samanlaiseen epätäydelliseen ja

44 Australian Productivity Commission 1999, s. 14–15.

45 Australian Productivity Commission 1999, s. 14–15.

46 Weimer & Vining 2014, s. 164.

47 Rikoksen odotusarvosta ks. esim. Määttä 2006, s. 181 ss.

48 Oma juridinen kysymyksensä on kuluttaja-asiakkuuden määräytyminen tilanteessa, jossa matka kustannetaan julkisvallan tuilla. Miltei kolmasosa taksiyrittäjien liikevaihdosta tulee julkisen sektorin kustantamista matkoista. Ks. Kilpailuviraston aloite 2011. Näihin ns. Kela-asiakkaisiin ei ole otettu suoraan kantaa nykysääntelyn esitöissä, mutta kunnat mainitaan hintasääntelyn ulkopuolella olevana ryhmänä. Ks. HE 38/2006 vp, s. 29. Hintasääntelyasetuksen (VNa 796/2015) 6 §:n 2 momentin perusteella näyttäisi siltä, että nämäkin henkilöt luetaan kuluttajia koskevan hintasääntelyn piiriin. Säännöksessä kielletään tiettyjen julkisvallan kustannuksin tapahtuvista kyydeistä ennakotilausmaksun periminen.

-symmetrisen informaation ongelmaan kuin kysynnän ja tarjonnan etukäteen määrittämisessä. Viranomainen, tässä tapauksessa enimmäistaksat asetuksella vahvistava valtioneuvosto, joutuu aina toimimaan puutteellisella informaatiolla ja sen prosessoinnilla. Taksiliikenteen kustannusten arvioinnissa empiirisen tiedon, esimerkiksi taksiliikenteen kalusto-, polttoaine ja työvoimakustannuksia koskevien tilastojen ja taksiluvan saaneiden tosiasiallisten voittojen suuruuden tutkimisen, merkitys korostuu. Tilastokeskus tuotti vuoteen 2015 saakka taksi- ja sairaankuljetusliikenteen kustannusindeksiä, mutta indeksin tuottaminen on määrärahapulan vuoksi lopetettu 20.1.2015⁴⁹. Jatkossa informaation tuottamista varten jouduttane kuulemaan alan toimijoita, mikä voi vaikuttaa tiedon luonteeseen ja puolueettomuuteen⁵⁰.

Vaikka kuluttajahintojen ja taksialan kustannusten kehityksestä on tarjolla informaatiota ja se onnistuttaisiin prosessoimaan hyvin, ongelmaksi jää silti hintamaksimin asettaminen valtakunnan laajuisesti samaksi. Kustannukset ja hintakehitys voivat vaihdella alueittain. Taksiliikennelain 16 §:n perusteella hintakattoa asetettaessa olennaista on myös kohtuullisen voiton määrän, joka on käsitteenä kovin kiistanalainen. Siinä joudutaan arvioimaan normatiivisesti oikean voittomarginaalin suuruus, minkä ratkaiseminen jäänee lopulta poliittiseksi tarkoituksenmukaisuusarvioksi. Hintasääntelyn onnistuminen on kiinni norminantajan toiminnasta, jonka informatiiviset ja periaatteelliset lähtökohdat eivät ole hyvät.

Taksiliikennelain 16 § asettaa kustannusten muutosten tarkastelun perustaksi taksiliikenteen kustannusindeksin. Valtioneuvosto on vuosittain asetuksillaan välillä nostanut ja välillä laskenut enimmäishintoja, ja seurannut vain osittain Tilastokeskuksen kustannusindeksiä. Joinakin vuosina se on selvästi sivuutettu. Esimerkiksi vuoden 2013 asetuksessa (460/2013) perus- ja ajomatkamaksuja laskettiin noin 6–7 % vuoden 2012 asetuksesta (313/2012), vaikka Tilastokeskuksen taksi- ja sairaankuljetusliikenteen kustannusindeksin mukaan taksiliikenteen kustannukset nousivat 2,2 % vuoden 2012 kesäkuusta vuoden 2013 kesäkuuhun⁵¹. Viime aikoina vuoden 2014 (796/2014) ja 2015 (796/2015) asetuksissa enimmäishinnat ovat pysyneet samana vuonna 2012 asetusta tasosta, vaikka kustannusten nousu on jatkunut vuoden 2015 alkuun asti⁵².

49 Tilastokeskuksen 18.12.2014 julkaistu uutinen verkkosivuilla osoitteesta http://www.stat.fi/ajk/tiedotteet/2014/uutinen_040_2014-12-18.html, vierailupäivä 8.3.2016 ja 15.1.2015 päivitetty verkkosivutieto osoitteesta http://www.stat.fi/til/tslhi/tslhi_2015-01-20_uut_001_fi.html, vierailupäivä 10.3.2016. Indeksitiedot tuotetaan nykyään vain ilmeisesti Tilastokeskukselta erikseen tilattavana maksullisena palveluna.

50 Päätöksenteon tulisi olla täysin vapaata lobbauksesta, jotta hintasääntely voisi toimia. Ks. OECD 2007, s. 129.

51 Tilastokeskuksen taksi- ja sairaankuljetusliikenteen kustannusindeksit 2013, kesäkuu, julkaistu 22.7.2013, verkko-osoitteesta www.stat.fi/til/tslhi/2013/06/tslhi_2013_06_2013-07-22_tie_001_fi.html, vierailupäivä 8.3.2016. Taksiliikenteen kokonaiskustannusten nousuun vaikutti erityisesti työvoimakustannusten nousu. Kustannusten nousua hillitsi polttoainekustannusten aleneminen vuoden aikana.

52 Tilastokeskuksen taksi- ja sairaankuljetusliikenteen kustannusindeksit 2014, joulukuu, julkaistu 20.1.2015, verkko-osoitteesta http://www.stat.fi/til/tslhi/2014/12/tslhi_2014_12_2015-01-20_tie_001_fi.html, vierailupäivä 8.3.2016. Taksiliikenteen kokonaiskustannusten nousuun vaikuttivat etenkin työvoimakustannusten nousu ja vakuutusmaksujen kallistuminen. Kustannusten nousua hillitsi polttoaineiden halpeneminen vuoden aikana.

Viime vuosien valtioneuvoston asetusten hinnanmuodostuksen perusteella vaikuttaa siltä, että edellisvuosien hintatasolla on suuri merkitys hintakaton asettamisessa seuraavaa vuotta varten. Status quo ratkaisee pitkälle, millainen taso katsotaan kohtuulliseksi enimmäishinnaksi. Näin ratkaisevaa hintakaton muodostumiselle on muutoksen sijaan lähtötaso ja siihen mahdollisesti kohdistunut vaikuttaminen.⁵³

Vaikka hintasääntelyllä pystytäänkin estämään hintojen nousu norminantajan kohtuulliseksi katsoman tason yläpuolelle, se aiheuttaa myös ongelmia. Jos enimmäishinta asetetaan markkinatasapainoiseen tilanteeseen nähden liian alas, se on omiaan luomaan pulaa hyödykkeestä ja myyjällä on suuri kannuste alentaa laatua.⁵⁴ Jos taas enimmäishinta on liian korkealla, suuri ongelma on hintasääntelyn mahdollinen kilpailua rajoittava vaikutus. Hintamaksimeista voi tulla samalla tosiasiallisesti myös hintaminimejä. Enimmäishinnat yleensä toimivat markkinoilla viitehintoina ja muodostuvat yritysten yleisesti perimiksi hinnoiksi.⁵⁵ Yrittäjille voi syntyä tällöin puitteet yhtenäistää strategisella käyttäytymisellä hinnat viitehinnan tasolle. Yksinkertaisesti maksimihinta asetetaan taksaksi ikään kuin annettuna hintana, jota pidetään alan sosiaalisena normina. Kyse on tällöin hiljaisesta kolluusiosta (tacit collusion), joka ei ole kielletty kilpailunrajoitus.⁵⁶ Hintasääntely on myös omiaan luomaan laittomia markkinoita. Jos hintasääntely on aiheuttanut pulaa, sitä rikkovat toimijat tarjoavat hyödykkeitä laittomasti kattamaan tyydyttämättä jäänyttä kysyntää.⁵⁷

Lopulta vähäisen kilpailun taustalla ovat kuitenkin alalle tulon esteet, erityisesti edellä kuvattu taksilupien enimmäismäärän tarveharkinta, jotka mahdollistavat luvan saaneille taksiryttäjille markkinavoimaa. Tällaisessa tilanteessa kannusteet laatu- ja hintakilpailulle ovat heikot ja jopa otolliset kartellien ylläpitämiselle, koska alalle tulijoiden uhkaa ei ole.⁵⁸ Suomalaiset taksit ovat tunnettuja korkeasta laadustaan, joten hintamaksimin asettaminen liian alas ei

53 Tarkempaa asetuksenantajan antamien enimmäishintojen arviointia empiirisesti tämän artikkelin puitteissa ei ole mahdollisuutta suorittaa, koska se vaatisi tarkkaa empiiristä tutkimusta markkinoista. Vuonna 2016 keväällä voimassa olleen asetuksen (VNa 796/2015) mukaan kuljetuksen perushinta on arkipäivänä klo 6–20 ja lauantaisin klo 6–16 enintään 5,36 € ja muina aikoina 8,18 €, yhden henkilön taksaluokassa 1,41 €/km ja odotusmaksu 40,55 €/h. Esimerkkinä suuntaa antaen näin arkipäivällä 25 km pituinen taksikuljetus yhdelle henkilölle, kun taksi odottaa lähtöä kohteessa 5 min, maksaa enintään 43,99 € ilman ruuhkassa seisomista tai mahdollisia lisämaksuja esim. avustamisesta tai suurten esineiden kuljetuksesta. Samainen kuljetus iltaisin, öisin ja pyhänä maksaisi enintään 46,81 €. Mikäli taksikuljetus tilattaisiin vähintään puoli tuntia ennen suunniteltua lähtöajankohtaa, tulisi lisäksi maksettavaksi enintään 6,45 € ennakkotilausmaksu. Lisäksi kaikkiin hintoihin tulee 10 % suuruinen arvonlisävero arvonlisäverolain 85 a §:n 1 momentin 1 kohdan mukaisesti, koska asetuksessa hinnat ovat ilman arvonlisäveroa (VNa 1 §). Näin arkipäivän esimerkkihinta kuluttajalle on enintään 48,39 € ja ilt-, yö- tai pyhäajan esimerkkimatka enintään 51,49 €.

54 Ks. esim. Cheung 1974, s. 54.

55 Kilpailuvirasto 2003. Näin on huomattu käyneen esimerkiksi Norjassa ja Ruotsissa perintäkulujen enimmäismäärää rajoitettaessa. Näin myös Määttä 2012, s. 16.

56 Kuoppamäki 2012, s. 230–231.

57 Weimer & Vining 2014, s. 160–172.

58 Kilpailuviraston lausunto 2005 ja Kilpailu- ja kuluttajaviraston aloite 2014.

liene ongelma. Takseista tosin saattaa esiintyä pulaa ainakin kysyntähuippuaikoina, mutta se johtunee ennemmin taksien määrän rajoittamisesta kuin hintasääntelystä. Vaikuttaa siltä, että Suomen oloissa osaltaan hintasääntelyn seurauksena hinnat ovat pikemminkin liian korkeat kuin matalat. Yleisesti ongelmana Suomessa on todettu olevan taksien matala käyttöaste, jonka on arveltu johtuvan osaltaan korkeista hinnoista ja osaltaan erityisesti maaseudulla potentiaalisten asiakkaiden vähäisyydestä⁵⁹.

2.3 Haitallisten ulkoisvaikutusten hillitseminen

Lisäksi on esitetty, että alalle pääsyä on välttämätöntä rajoittaa taksiliikenteen haitallisten ulkoisvaikutusten hillitsemiseksi. Taksiliikenteestä aiheutuu haitallisina ulkoisvaikutuksina liikenteen ruuhkautumista, ilmansaasteita sekä ympäristöystävällisemmän joukkoliikennejärjestelmän käytön korvautumista taksien käytöllä⁶⁰. Haitalliset ulkoisvaikutukset ovat erityisen suuria niin sanotuilla käsipystymarkkinoilla, joissa matkustajat taksin tilaamisen sijaan pysäyttävät ohi ajavan auton. Tällöin taksiautoilijat ajavat ympäriinsä, jotta sattuisivat asiakkaan kohdalle. Alhaisen hinnan vallitessa sekä taksipalveluiden tarjonta että kysyntä ovat ulkoisvaikutuksiin nähden liian suuret.⁶¹

Autoilusta aiheutuvia haitallisia ulkoisvaikutuksia ei voi kiistää, mutta tarveharkinnan välttämättömyys niiden estämiseksi on kyseenalaista. Ensinnäkin ulkoisvaikutukset ovat suurimmillaan käsipystymarkkinoilla, joiden merkitys Suomen alhaisen asukastiheyden oloissa on jo nyt vähäinen. Teknologisen muutoksen ansiosta käsipystymarkkinat ovat vieläpä korvautumassa älypuhelinsovellusten mahdollistamalla uudenaikaisella käsipysty- ja tilausmarkkinoiden yhdistelmällä. Mitä enemmän käsipystymarkkinoiden volyyymi vähenee, sitä enemmän vähenevät haitalliset ulkoisvaikutuksetkin⁶².

Toisekseen Suomen oloissa tyypilliset taksitolppamarkkinat kaiki täydentävät joukkoliikennettä⁶³. Taksit paikkaavat joukkoliikennejärjestelmässä syntyneitä katvealueita ja -aikoja. Tällä tavoin runsas taksien tarjonta voi olla omiaan itse asiassa lisäämään joukkoliikenteen käyttöä oman auton omistamisen ja käytön sijaan. Oletan, että ihmiset tekevät myös tietynlaisia yksittäistä matkaa suurempia elämäntapavalintoja, joissa substituutteja keskenään ovat yksityisautoilu (oman auton käyttö) ja liikkuminen ilman omaa autoa. Tässä katsannossa taksiliikenne, junat ja linja-autot eivät niinkään kilpaile keskenään, vaan yhtenä kokonaisuutena yksityisautoilua vastaan. On ilmeistä, että oman auton käytön ulkoishaitat ovat suuremmat kuin elämäntavan, jossa liikutaan ilman omaa autoa.

59 Pöllänen ym. 2015, s. 30.

60 Shreiber 1975, s. 274–275 ja Williams 1980, s. 108–109. Toisin Shreiber 1981, s. 82, jossa väitetään, että kysynnän ristijousto taksien ja joukkoliikenteen välillä on erittäin pieni. Shreiberin kirjoitukset ovat ristiriitaisia. Kysymyksen ratkaisemiseksi tarvittaisiin empiiristä tutkimusta.

61 Shreiber 1975, s. 274–276.

62 Älypuhelinsovelluksen avulla taksiajoneuvon ei tarvitse lainkaan olla kadulla liikkeessä tullakseen huomatuksi. Näin ei ole tarvetta ajella ympäriinsä tyhjällä taksilla asiakkaita odottaen, vaan odottaminen voi tapahtua paikoillaan moottori sammutettuna.

63 Sopivaa empiiristä tutkimusta ei tietävästi ole.

Kolmanneksi haitallisten ulkoisvaikutuksien torjunta on mahdollista myös erilaisin ympäristöveroin, joilla hyödykkeen hintaan saadaan lisättyä siitä muutoin puuttuvan ulkoishaitan kustannus. Näin esimerkiksi taksiliikenteen ulkoisvaikutuksia hillittäisiin esimerkiksi polttoaineverolla. Vaikkei ulkoishaittojen estäminen verotuksella ole ongelmatonta, niin ei ole saman tavoitteen toteuttaminen taksilupien määrän rajoittamisellakaan.⁶⁴

3. MUUT SÄÄNTELYTAVAT

3.1 Tarveharkinnan poistaminen

Tarveharkinnalla viranomaiset luovat alalle tulon esteitä (barriers to entry). Olisivatko hyvinvointitappiot pienempiä, jos taksilupien määrien tarveharkinta poistettaisiin? Taloustieteen teorian ideaalimallissa täydellinen kilpailu on yksiselitteisesti hyvinvointia parhaiten luova tapa järjestää palvelut⁶⁵. Kyseessä on kuitenkin vain ideaalimalli, eikä täydellinen kilpailu ole tosielämässä mahdollista⁶⁶. Kysymys onkin asetettava niin, toteutuuko kilpailu epätäydellisemmin ilman tarveharkintaa vai tarveharkinnan kanssa. Tätä voidaan arvioida vertailemalla vaikutusta seuraaviin premisseihin: markkinoille tulon ja poistumisen esteet (vapaa entry ja exit), toimijoiden atomistisuus eli kyvyttömyys vaikuttaa markkinahintaan, markkinahyödykkeiden homogeenisuus sekä markkinaosapuolten informaatio⁶⁷.

Taksilupien tarveharkinta on suora juridinen este, jolla estetään taksimarkkinoille tulemistä. Näin tarveharkinta rajoittaa vapaata markkinoille tuloa, mutta ei suoraan vaikeuta alalta poistumista. Alalta poistuminen vaikeutuu kuitenkin epäsuorasti uponneiden kustannusten vuoksi. Uponneita kustannuksia ei voi saada takaisin alalta poistuttaessa⁶⁸. Niitä syntyy taksiluvan hakemisesta, koska taksilupa ei ole myytävissä⁶⁹. Nämä hakemiskustannukset voivat kasvaa määrärajoitusten vuoksi, sillä taksiyrittäjä voi joutua hakemaan lupaa useasti ennen hakemuksen hyväksyntää. Tarveharkinta vaikeuttaa siis sekä entryä että exitiä.

Tarveharkinnalla on havaittu olevan vaikutusta markkinoiden atomistisuuteen, mutta arviot vaikutuksista ovat ristiriitaisia. Eräät lähteet arvioivat markkinoiden oligopolitilanteen

64 Ulkoisvaikutusten estämisestä verotuksen avulla ks. esim. Tuomala 2009, s. 87 ss.

65 Mikrotaloustieteellisessä täydellisen kilpailun mallissa kysyntä ja tarjonta kohtaavat hyödykemarkkinoilla vapaan markkinamekanismin avulla. Tällöin kysyntä- (D) ja tarjontafunktioiden (S) muoto määräävät sen, mihin hyödykkeen hinta (P) ja hyödykkeen määrä (Q) asettuvat (tasapainopiste, equilibrium). Normaalisti kysyntäfunktio on graafisessa esityksessä laskeva: hinnan laskiessa määrä kasvaa, koska yhä useammalla on varaa hyödykkeeseen. Tarjontafunktio taas on nouseva, koska hinnan noustessa hyödykettä halutaan tarjota yhä enemmän. Pohjola ym. 2006, s. 49.

66 Pohjola ym. 2006, s. 37 ja Kuoppamäki 2012, s. 6–7.

67 Esim. Määttä 1999, s. 20–21 ja Pohjola ym. 2006, s. 37.

68 Ks. esim. Määttä, 2006 s. 78.

69 Taksilupien vaihdanta ja muu luovutus on kielletty taksiliikennelain 11 §:n nojalla. Luonnollinen henkilö ei saa siirtää lupaa vastikkeettakaan toiselle. Ks. oikeuskäytännöstä esim. Turun HaO 7.6.2011, taltionumero 11/0365/3.

lisääntyvän entryn esteitä lisättäessä.⁷⁰ Suomessa ala on toisaalta ollut perinteisesti pienyritysvaltainen, mikä on johtunut viranomaiskäytännöstä myöntää vain yksi taksilupa hakijaa kohden⁷¹. Shreiberin mukaan oligopolitilanteessa yhteisen markkinavoiman kertyminen on mahdollista, mikä sallisi markkinavoiman yhdenmukaisen käytön hintojen korottamiseksi. Vaikka korkeat hinnat houkuttelisivat alalle kilpailijoita, olisi voittojen nostaminen hintojen avulla edes lyhyen aikaa kannattavaa.⁷² Williams arvelee, että suurilla toimijoilla olisi nimenomaan vapailla taksimarkkinoilla kannuste tulla skaalaetujen vuoksi markkinoille ja alentaa hintoja pieniä toimijoita alemmas. Seurauksena olisi oligopoli, jossa olisi alhaisemmat hinnat. Uhka pienempien toimijoiden tulosta alalle pitäisi hinnat alhaisina.⁷³ Ratkaisun avain vaikuttaa olevan, onko suurilla toimijoilla saatavissa taksiliikenteessä skaalaetuja. Jos skaalaetuja on saatavissa, markkinoiden atomistisuus vähenee. Williamsin mukaan skaalaetuja on saatavilla puhelinvaraus- ja paikannusjärjestelmien sekä maineen avulla⁷⁴. Nykyisen tietotekniikan aikana skaalaedet lienevät vain kasvaneet, sillä Williamsin pohdinnat ovat ajalta, jolloin käytössä oli vain rajoitetusti teknologiaa. Tarveharkinnan poistaminen saattaisi siten vähentää taksimarkkinoiden atomistisuutta, mutta vaikutus ei ole selvä.

Tarveharkinnan vaikutusta taksipalvelun homogeenisuuteen on vaikea arvioida. Kilpailua rajoittavan vaikutuksensa kautta tarveharkinta saattaa lisätä taksipalveluiden homogeenisuutta, sillä myyjiltä puuttuu kannuste kehittää uudenlaisia palvelumuotoja. Suojattu markkina-asema saattaa esimerkiksi hidastaa erilaisten älypuhelinsovellusten avulla toimivien palvelumallien kehittämistä ja käyttöönottoa. Taksikuljetus itsessään on kuitenkin melko samankaltainen, joten tarveharkinnan merkitys homogeenisuuden premissille ei ole selvä.

Painoarvoltaan ratkaisevaksi premissiksi näyttää jäävän siis informaation täydellisyys. Viitteitä on siitä, että informaation keruu ja prosessointi vajavaisenkin markkinamekanismin avulla on parempaa kuin viranomaisen etukäteisarvioinnissa⁷⁵. Näin on varsinkin uuden älypuhelin teknologian yleistymisen myötä⁷⁶. Arvioinnissa tulee huomioida, että puhuttaessa taksimarkkinoista puhutaan oikeastaan vähintään kahdesta eri alamarkkinasta. On olemassa

70 Näin Weimer & Vining 2014, s. 160–172, jossa esimerkkinä on Yhdysvalloissa Wisconsinin osavaltion pääkaupunki Madison. Siellä oli korkeiden taksialalle tulon esteiden vuoksi vain kolme taksipalveluiden tarjoajayritystä.

71 HE 38/2006 vp, s. 15.

72 Shreiber 1981, s. 83. Ks. myös Kuoppamäki 2012, s. 231–232. Kuoppamäen mukaan kyse ei ole yksinkertaisesta asiasta, vaan markkinavoimaa ei välttämättä mahdollisuuksista huolimatta hyödynnetä yhdessä. Kyse on oligopolin dilemmasta: oligopolistien yhteinen etu olisi nostaa hintoja, mutta toimijan oma etu on muilta salassa kilpailla muita alemmalla hinnalla. Näin kartelli tai hiljainen kolluusio voi hajota heti omaan mahdottomuuteensa.

73 Williams 1980, s. 109–110.

74 Williams 1980, s. 109. Williamsin pohdinnat ovat 1980-luvulta. Nykyisen tietotekniikan aikana skaalaedet lienevät vain kasvaneet.

75 Weimer & Vining 2014, s. 162.

76 Weimer & Vining 2014, s. 162.

markkinat paikalle (puhelimitse) tilattavalle taksipalvelulle (phone reservation market) ja kadulla pysäytettävälle taksille, jota nimitän tässä käsipystymarkkinoiksi (cruising market). Nämä markkinat eroavat siinä mielessä olennaisesti toisistaan, että edellisillä asiakkaalla on huomattavasti paremmat mahdollisuudet verrata eri palveluntarjoajia keskenään ja siten parempi neuvotteluvoima.⁷⁷ Käsipystymarkkinoiden ja puhelinvaramuksen väliin sijoittuvat markkinat, joissa tyhjänä ympäriinsä ajelun sijaan taksit keskittyvät odottamaan taksiasemilla joko sinne tulevia tai sieltä kyydin puhelimitse tilaavia asiakkaita. Tällaiset taksitolppamarkkinat ovat tyyppillisiä, jos asumistiheys on alhainen tai jos matkustajia on todella paljon – kuten lentoasemien terminaalien lähellä⁷⁸. Käsipystymarkkinat ovat vähäiset, jos asumistiheys on alhainen⁷⁹. Suomessa käsipystymarkkinoiden merkitys lieneekin pieni varsinkin harvaan asutuilla alueilla.

On väitetty, ettei käsipystymarkkinoilla vallitsevan suuren informaation epäsymmetrian vuoksi ole mahdollista saavuttaa lähellekään markkinatasapainoa⁸⁰. Uusien älypuhelimien ja niiden sovellusten yleistymisen myötä perinteisten käsipystymarkkinoiden merkitys muuttunee marginaaliseksi varsinkin Suomessa. Älypuhelinsovellukset tasoittavat tehokkaasti asiakkaan ja palveluntarjoajan välistä informaation epäsymmetriaa. Tällaisia älypuhelinsovelluksia (esimerkiksi Uber, Taxify ja Lyft) on jo maailmalla tarjolla, ja ne ovat osoittautuneet suosituiksi. Taksin kadulla pysäyttämisen sijaan asiakas tilaa taksin sellaisen älypuhelinsovelluksen kautta, jossa asiakas voi tehdä nopean vertailun lähellä vapaana olevien palveluntarjoajien laadusta ja hinnoista. Älypuhelinsovellusten avulla asiakas voi jakaa muille kokemuksia taksirytyksistä ja jopa kuljettajista, jolloin taksipalvelu lähenee hieman etsintähyödykettä. Koska hyödykkeiden laatu on tiedossa jo etukäteen, on kilpailu yleensä kiivainta näiden hyödykkeiden tarjoajien välillä.⁸¹

Älypuhelinsovellusten seurauksena erilaiset taksien alamarkkinat lähenevät toisiaan. Taksiaseman merkitys vähenee, kun asiakas saa helposti tiedon lähistöllä olevasta vapaasta taksiautosta ja voi tilata sen helposti luokseen. Taksiasemilla kilpailua rajoittaa yksinkertainen järjestyksenpidollinen sosiaalinen normi: sekä asiakkaiden että taksien on odotettava jonossa. Vuoronsa tultua asiakas astuu jonon ensimmäiseen autoon. Näin asiakas ei voi valita taksiaseman halvinta palveluntarjoajaa. Kun taksiasemien merkitys vähenee, samalla kilpailu lisääntyy.⁸²

77 Jaottelusta esim. Williams 1980, s. 105 ss.

78 Williams 1980, s. 106.

79 Shreiber 1981, s. 82. Shreiber todistelee, että käsipystymarkkinatkin ovat mahdolliset ja niitä on olemassa. Esim. New York City on esimerkki käsipystymarkkinoista.

80 Weimer & Vining 2014, s. 161–162.

81 Perinteinen taksipalvelu on kohtalaisen selvästi luonteeltaan kokemushyödyke. Asiakas ei kykene taksia valitessaan varmistamaan palvelun laatua ennalta, joten kyse ei ole etsintähyödykkeestä. Toisaalta taksimatkan jälkeen laatu on yleensä asiakkaan tiedossa, joten kyse ei ole luottamushyödykkeestä. Taksipalvelu on lisäksi tavanomainen yksityishyödyke, koska palvelun ulkopuolelle voidaan sulkea henkilöitä helposti ja toisten suorittama palvelun käyttö vähentää muiden käytettävissä olevaa määrää. Jaottelusta eri etsintä-, kokemus- ja luottamushyödykkeisiin ks. Määttä 2006, s. 28. Julkis- ja yksityishyödykkeiden erottelusta ks. Tuomala 2009, s. 75.

82 Shreiber 1981, s. 82. Tämä käyttäytymisnormi ennaltaehkäisee väkivaltaa niin taksinkuljettajien kuin asiakkaidenkin kesken.

Lopputulena edellä esitetystä voisi siis todeta, että ilman tarveharkinnalla tapahtuvaa luvallisten taksien määrän rajoittamista päästäisiin lähemmäksi täydellisen kilpailun mallia. Tällöin kokonaisuhyvinvointi olisi suurempi ja markkinat toimisivat tehokkaammin. Tarveharkinta tulisi poistaa kuluttajan edun maksimoimiseksi.

3.2 Hintasääntelyn poistaminen

Onko hintasääntely tarpeen tarveharkinnan poistamisen jälkeen? Hintasääntelyä on väitetty tarpeelliseksi estämään monopolivoittojen keruuta, vaikka määrälliset rajoitukset entryssä poistettaisiin⁸³. Hintasääntelyn tarpeellisuutta voidaan perustella erityisesti taksien käsipystymarkkinoilla, joilla asiakas voi joutua kärsimään vedätysongelmasta (hold-up problem)⁸⁴. Tällaiset vaatimukset kumpuavat kuluttajansuojan tarpeista – varsinkin yliveloitukselle alttiiden turistien suojelemisesta. Myös määrällisesti vapaan entryn tilanteessa hintasääntelyä on kaivattu kilpailun epätäydellisyyden ja suurten etsintäkustannusten vuoksi. Huolella suunniteltuna hintasääntelyn on katsottu voivan välttää nämä ongelmat.⁸⁵

Olennaista on, onko enimmäishintojen määrittäminen tehokkain tapa välttää etsintäkustannuksista ja vedätysongelmasta aiheutuvia hyvinvointitappioita. Nämä ongelmat voidaan välttää suoran hintamaksimin säätämisen sijaan muillakin toimilla, kuten asiakkaan informointivelvollisuuksilla. Tällainen voi olla esimerkiksi velvollisuus ilmoittaa taksimatkan hinta sitovasti etukäteen.⁸⁶ Esimerkiksi Ruotsissa käytössä ei ole hintasääntelyä, vaan sen sijaan kuluttajia suojataan tiukoilla määräyksillä hintojen ilmoittamisesta⁸⁷. Tällaiset olennaiset ja täsmälliset informaatiovelvollisuudet tuskin vielä aiheuttavat asiakkaalle informaatioylikuormitusta⁸⁸. Älypuhelinsovellukset myös pienentävät etsintäkustannuksia, mikä osaltaan heikentää hintasääntelyn perusteluja. Älypuhelinsovelluksilla tieto kaikista vapaista lähistön takseista on saatavissa nopeasti ja lisäksi niitä voidaan vielä pikaisesti kilpailuttaa keskenään.

83 OECD 2007, s. 9.

84 Weimer & Vining 2014, s. 161–163. Weimerin & Viningin mukaan kuluttaja ei pysty taksia kadulta pysäyttäessään vertailemaan palveluntarjoajia keskenään ja on muutoinkin huonommassa neuvotteluasemassa. Huonompi neuvotteluasema johtuu tässä erityisesti informaation epäsymmetrian ongelmasta, koska asiakas joutuu ottamaan ensimmäisen taksin, joka sattuu kohdalle. Lisäksi tällaisessa tilanteessa taksia tarvitsevien tilanne on usein sellainen, että taksipalvelun kysyntäjousto on miltei olematon: esimerkiksi sataa kovasti tai on yö. Tällaisissa tilanteissa taksipalvelua ei siis kovinkaan herkästi voida tai haluta korvata jollain kilpailevalla liikkumismuodolla.

85 OECD 2007, s. 128–129.

86 Liikenne- ja viestintäministeriön työryhmän mietintö 2004, s. 6 ja s. 36. Itse asiassa jo nyt vuosittain vahvistetun valtioneuvoston asetuksen taksiliikenteen kuluttajilta perittävistä enimmäishinnoista 7 §:n mukaan kuluttajalle on annettava ennen sopimuksen tekemistä tieto taksimatkan kokonahinnasta veroineen tai, jos täsmällistä hintaa ei voida ilmoittaa etukäteen, hinnan määräytymisen perusteet veroineen.

87 Katso prisinformationslag 2004:347.

88 Imiöstä ks. esim. Määttä 2009, s. 31.

3.3 Turvallisuustavoitteen toteutuminen

Toteutuuko turvallisuustavoite, jos sekä tarveharkinta että hintasääntely poistetaan? Turvallisuustavoite on sinänsä tärkeä. Asiakas ei voi yleensä varmistua ajoneuvon turvallisuuden ja kuljettajan liikennekäyttäytymisen olevan kunnossa ennen matkaa. Asiakkaan tulee voida myös luottaa siihen, ettei hän joudu rikoksen kohteeksi. Lisäksi hyvinvointitappioiden riski on muille tienkäyttäjille ilmeinen, jos kunnoltaan vaarallisia takseja ja liikennesäännöistä piittaamattomia kuljettajia on liikenteessä paljon.

Turvallisuustavoitteen toteuttamiseksi tulisi siis löytää keino, joka olisi nykyistä taksien määrän rajoittamista tehokkaampi. Keinon ei myöskään tulisi olla ristiriidassa taksien saatavuuden tavoitteen kanssa. Tällaisina keinoina ovat tehokas valvonta ja riittävän tuntuvat sanktiot turvallisuusmääräysten rikkomisesta. Tällöin turvallisuusmääräysten tulee olla riittävän täsmällisiä. Nämä keinot ovat suorina keinoina huomattavasti tehokkaampia kuin tarveharkinta, joka on turvallisuuden takaamisessa vain epäsuora keino.⁸⁹ Myös nykyisessä järjestelmässä olevat etukäteiset ajoneuvojen turvallisuusvaatimukset sekä kuljettajille asetettavat erityiset vaatimukset toteuttavat turvallisuustavoitetta. Lisäksi uusien älypuhelinsovellusten avulla voidaan saada jonkinlaista informaatiota ajoneuvosta ja esimerkiksi kuljettajan ajotavan turvallisuudesta edellisten asiakkaiden arvioista. Lisäksi sovelluksien avulla kuljettaja voi saada tietoa myös potentiaalisesta asiakkaasta, jolloin vaarallisiksi tunnetut henkilöt olisi mahdollista seuloa pois asiakaskunnasta.⁹⁰

Tarveharkinnasta ja hintamaksimeista luopuminen ei vaadi itse taksiliikenteen luvanvaraisuudesta luopumista. Näin taksiluvan menettäminen toimisi edelleen osaltaan pelotteena turvallisuusmääräysten noudattamiseksi.

4. LOPUKSI

Alalle tuloa voimakkaasti rajoittavan tarveharkinnan vuoksi alalla olevat taksipalveluyrittäjät pääsevät nostamaan yhteisiä monopolivoittoja. Luvan saaneilla taksiryttäjillä on siten yhteinen lakisääteinen monopoli. Monopolirinnastus on johtopäätöksensä sikäläkin asianmukainen, että nykysääntelyssä markkinoille saapumisen vaikeuttamisen ja osin hintasääntelynkin vuoksi kilpailulle on vähäisesti kannusteita. Nykyjärjestelmässä asiakkaat antavat luvan

89 Australian Productivity Commission 1999, s. 11–12. Tässä korostuu siis rikostaloustieteestä tuttu ajattelumalli peloteperiaatteesta, jossa tarpeeksi tehokkaan valvonnan ja tuntuvan sanktion muodostama rikoksen negatiivinen odotusarvo hillitsee rikokseen ryhtymistä. Ks. esim. Määttä 2006, s. 181 ss.

90 Tunnetusti vaarallisten asiakkaiden kuljettamisesta kieltäytyminen ei välttämättä vaadi sopimuspakkoa sääntelevän taksiliikennelain 12 §:n muuttamista. Pykälän 2 momentin mukaan ”luvan haltijalla on oikeus kieltäytyä kuljetuksesta tilanteessa, jossa kuljettaja voi työntekijänä pidättäytyä työstä työturvallisuuteen vedoten.”

saaneille taksiryttäjille tulonsiirron monopolivoittojen muodossa⁹¹. Jotta voitot eivät nousisi kohtuuttomiksi, hintasääntelyn tarve on ilmeinen. Lisäksi tarveharkinnasta johtuva taksien liian vähäinen määrä johtaa sellaisten ajovuorojärjestyksien laatimiseen, joilla taksiryttäjät pakotetaan lisäämään tarjontaa heille epäsuotuisina ajankohtina. Lainsäädännöllisesti rajattua tarjontaa ei muutoin kohdistettaisi näihin ajankohtiin. Sääntely synnyttää siis tarvetta yhä uudelle sääntelylle.

Hyvinvointia voitaisiin tuottaa taksipalveluissa nykyjärjestelmää tehokkaammin. Tehokkaampana tapana olisi sekä taksilupien määrän tarveharkinnan että hintasääntelyn poistaminen. Molemmat muutokset vaikuttavat olevan sekä kokonaisyvinvointia että taksipalveluiden asiakkaiden hyötyä lisääviä. Hyötyjinä ovat myös potentiaaliset taksiautoilijat, jotka eivät nyt ole päässeet alalle. Hyvinvoinnin lisäys tapahtuisi nykyisten taksiryttäjien monopolivoittojen kustannuksella, kun markkinoiden kilpailu lisääntyisi. Muiden maiden kokemusten perusteella on ilmeistä, että määrä sääntelyn poistamisella taksipalveluiden tarjonta lisääntyisi, mikä taas toisi alalle kilpailua. Taksien turvallisuus ja kuluttajansuoja voidaan taata paremmilla keinoilla kuin taksilupien määrän rajoittamisella ja enimmäishinnoilla.

Taksipalveluiden tarjonnan lisääntymisen seurauksena kasvavat haitalliset ulkoisvaikutukset eivät vaikuta maamme oloissa merkityksellisiltä. Joka tapauksessa nämä ulkoisvaikutukset voidaan estää muillakin keinoin kuin tarveharkinnalla. On myös mahdollista, että taksipalvelujen vapauttaminen lisäisi elämäntapavalintana joukkoliikenteen käyttöä oman auton käyttämisen sijaan ja siten vähentäisi yksityisautoilun haitallisia ulkoisvaikutuksia.

Taksiryttäjien aseman poikkeuksellisen vahva turvaaminen vaikuttaa korostuneen nykyisen taksialan sääntelyn eksplisiittisten tavoitteiden kustannuksella. Asiakkaan etu ja yhteiskunnan kokonaisyvinvointi vaikuttavat jääneen toissijaisiksi. Poliittisten päättäjien tehtävänä on määrittää, kenen etua lainsäädännöllä lopulta halutaan edistää. Tavoite vaikuttaa suuresti keinojen valintaan. Lainsäätäjä haluaa yleensä suosia asiakkaan ja yhteiskunnan kokonaisetua yksittäisen ammattikunnan toiminnan ja voitonkeruun suojaamisen sijaan. Nykyjärjestelmä sisältää vähintäänkin implisiittisesti niin kutsutun ryttäjien kohtuullisen toimeentulon tavoitteen. Nyt se on aiheellisesti otettu kriittiseen poliittiseen tarkasteluun, sillä tavoite vaikuttaa olevan kuluttajan edun ja yhteiskunnan kokonaisedun vastainen.

91 Ahonen 2011, s. 176.

LÄHTEET

Taloustieteelliset lähteet

Ahonen, Ari (toim.). Kilpailukatsaus 2: Viisas sääntely – toimivat markkinat. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011. Helsinki 2011. Ladattu verkko-osoitteesta www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Kilpailukatsaus-2.pdf 15.4.2015 ja <http://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/selvitykset/2011/kivi-selvityksia-1-2011.pdf> 8.3.2016 (Ahonen 2011)

Australian Productivity Commission. Regulation of the Taxi Industry. Ausinfo. Canberra 1999. Ladattu verkko-osoitteesta <http://www.pc.gov.au/research/completed/taxi-regulation> 17.5.2015. (Australian Productivity Commission 1999)

Baldwin, Robert; Cave, Martin & Lodge, Martin. Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice. Second Edition. Oxford University Press Inc. New York 2012. (Baldwin, Cave & Lodge 2012)

Cheung, Steven N. S. A Theory of Price Control. Vol. 17, No. 1, The Journal of Law & Economics. 1974, s. 53–72. (Cheung 1974)

Kilpailu- ja kuluttajaviraston aloite taksiliikennelain muuttamiseksi 14.4.2014. Luettu verkko-osoitteesta <http://www.kkv.fi/> (Aloitteet, lausunnot ja kannanotot à 2014) 8.3.2016. (Kilpailu- ja kuluttajaviraston aloite 2014)

Kilpailuviraston aloite liikenne- ja viestintäministeriölle sekä Kansaneläkelaitokselle koskien Kelan ja Suomen Taksiliitto ry:n järjestämää sähköistä suorakorvausjärjestelmää. Dnro 6/14.00.20/2011, 10.1.2011. Luettu verkko-osoitteesta <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?luku=aloitteet-ja-lausunnot&sivu=aloi-laus/a-2011-20-0006> 16.5.2015. (Kilpailuviraston aloite 2011)

Kilpailuviraston lausunto dnro 797/72/2005, 18.11.2005. Taksiliikennelaki. Ministeriön lausuntopyyntö 20.10.2005, LVM 040:2005. Luettu verkko-osoitteesta <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?sivu=aloi-laus/a-2005-72-0797> 16.5.2015 ja 10.3.2016 <http://www.kkv.fi/> (Aloitteet, lausunnot ja kannanotot à Kilpailuviraston aloitteet ja lausunnot 1998–2012 à 2005) (Kilpailuviraston lausunto 2005)

Kilpailuviraston lausunto dnro 853/14.00.20/2011, 24.10.2011. Hallituksen esitys (72/2011) taksiliikennelain muuttamisesta. Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle. Luettu verkko-osoitteesta <http://www.kkv.fi/> (Aloitteet, lausunnot ja kannanotot à Kilpailuviraston aloitteet ja lausunnot 1998–2012 à 2011) 8.3.2016. (Kilpailuviraston lausunto 2011)

Kilpailuviraston lausunto dnro 941/72/2003, 28.11.2003. Ehdotus hallituksen esitykseksi laiksi saatavien perinnästä annetun lain muuttamisesta. Luettu verkko-osoitteesta <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi?sivu=aloit-laus/a-2003-72-0941> 16.5.2015 ja (Aloitteet, lausunnot ja kannanotot à Kilpailuviraston aloitteet ja lausunnot 1998–2012 à 2003) 10.3.2016. (Kilpailuviraston lausunto 2003)

Kuoppamäki, Petri. Uusi kilpailuoikeus. Talentum Media Oy 2012. Luettu sähköisenä versiona osoitteesta <http://verkkokirjahylly.talentum.fi> (Haku Uusi kilpailuoikeus à ko. teos) 17.5.2015. Ilmestynyt samansisältöisenä ja -nimisenä painettuna kirjana. (Kuoppamäki 2012)

Määttä, Kalle. Kilpailu ja sääntely. Artikkelit, julkaistu Edilex-verkkopalvelussa 19.6.2012 merkinnällä Edilex 2012/26. Osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/8881> 8.6.2016. (Määttä 2012)

Määttä, Kalle. Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242. Helsinki 2009. Verkko-osoitteesta <http://www.optula.om.fi/fi/index/julkaisut/tutkimuksia-sarja/oikeustaloustieteellennakokulmakotimaiseenlainvalmisteluun.html> 15.5.2015 ja 10.3.2016 <http://www.helsinki.fi/kriminologian-ja-oikeuspolitiikan-instituutti/> (Tutkimus ja julkaisut à Tutkimuksia-sarja à 2009). (Määttä 2009)

Määttä, Kalle. Oikeustaloustieteen aakkoset. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 1999. Verkko-osoitteesta <https://helda.helsinki.fi/handle/10224/3696> 15.5.2015. (Määttä 2009)

Määttä, Kalle. Oikeustaloustieteen perusteet. Edita Publishing Oy. Helsinki 2006. (Määttä 2006)

OECD. Taxi Services: Competition and Regulation 2007. OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2007)42. Verkko-osoitteesta <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41472612.pdf> 16.5.2015. (OECD 2007)

Pohjola, Matti; Pekkarinen, Jukka & Sutela, Pekka. Taloustiede. WSOY. Porvoo, Helsinki 2006. (Pohjola ym. 2006)

Pöllänen, Markus; Mäkelä, Tommi; Nykänen, Lasse; Liimatainen, Heikki & Mäntynen, Jorma: Liikenteen markkinat Suomessa. Tampereen teknillinen yliopisto, Liikenteen tutkimuskeskus Verne. Trafin tutkimuksia 16/2015. Verkko-osoitteesta <http://www.trafi.fi/> (Tietopalvelut à Julkaisut à 2015 tutkimukset à Liikenteen markkinat Suomessa) 7.5.2016. (Pöllänen ym. 2015)

Shreiber, Chanoch. The Economic Reasons for Price and Entry Regulation of Taxicabs. Vol. 9, No. 3, Journal of Transport Economics and Policy, 1975, s. 268–279. (Shreiber 1975)

Shreiber, Chanoch. The Economic Reasons for Price and Entry Regulation of Taxicabs. A Rejoinder. Vol. 15, No. 1, Journal of Transport Economics and Policy, 1981, s. 81–83. (Shreiber 1981)

Tuomala, Matti. Julkistalous. Gaudeamus. Helsinki 2009. (Tuomala 2009)

Weimer, David & Vining, Aidan R. Policy Analysis: Concepts and Practice. Fifth Edition. Pearson Education Limited. Harlow, Essex 2014. (Weimer & Vining 2014)

Williams, David J. The Economic Reasons for Price and Entry Regulation of Taxicabs. A Comment. Vol. 14, No. 1, Journal of Transport Economics and Policy, 1980, 105–112. (Williams 1980)

VTI rapport 774. Regelförändringar i transportsektorn – effekter av omregleringar inom inrikesflyg, taxi, kommersiell tågtrafik och bilprovning. Statens väg- och transportforskningsinstitut, dnr 2012/0222-21, projektnummer 200347, utgivningsår: 2013. Verkko-osoitteesta <http://www.vti.se/sv/publikationer/pdf/effekter-av-omregleringar-inom-inrikesflyg-taxi-kommersiell-tagtrafik-och-bilprovning.pdf> 8.3.2016. (VTI 2013)

LAINOPILLISET LÄHTEET

Esityöt

HE 38/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle taksiliikennelaiksi sekä laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta

HE 33/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taksinkuljettajien ammattipätevyydestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi sekä laiksi kuorma- ja linja-autonkuljettajien ammattipätevyydestä annetun lain muuttamisesta

HE 82/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taksiliikennelain muuttamisesta

HE 208/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden liikennehallinnon virastouudistukseen liittyvien lakien muuttamisesta sekä laiksi meriliikennetietojen keräämisestä ja meriliikenteen tilastojen laatimisesta

HE 32/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taksiliikennelain muuttamisesta

HE 72/2011 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi taksiliikennelain muuttamisesta

Liikenne- ja viestintäministeriön mietintö 15.6.2004. Yön ainoa valopilkku. Taksiliikennelakityöryhmän mietintö. Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 43/2004. Ladattu verkko-osoitteesta http://www.lvm.fi/documents/20181/831263/4304_mietint%C3%B6.pdf/d466446e-3a38-48dc-9ecc-afa8f5325704?version=1.0 10.3.2016

Liikenne- ja viestintäministeriön lausuntopyyntö 18.4.2016. Luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi. LVM/2096/03/2015. Ladattu verkko-osoitteesta <http://www.lvm.fi/lvm-site62-mahti-portlet/download?did=200477> 27.4.2016

Liikenne- ja viestintäministeriön luonnos hallituksen esitykseksi liikennekaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. Liikenne- ja viestintäministeriön lausuntopyynnön 18.4.2016 liite. Ladattu verkko-osoitteesta <http://www.lvm.fi/lvm-site62-mahti-portlet/download?did=200631> 27.4.2016.

LiVM 34/2006 vp. Liikenne- ja viestintävaliokunnan mietintö 34/2006 vp. Hallituksen esitys taksiliikennelaiksi sekä laiksi luvanvaraisesta henkilöliikenteestä tiellä annetun lain muuttamisesta

Oikeustapaukset

Hämeenlinnan HaO 21.05.2010 taltionumero 10/0205/4, dnro 00200/09/7503

KHO 14.1.2014, taltionumero 78, dnro 1569/2/13

KHO 17.2.2016, taltionumero 524, dnro 658/2/15

KKO 2010:42

Turun HaO 07.06.2011, taltionumero 11/0365/3, dnro 01625/10/7503

OPISKELIJAKOLUMNI: LOJALITEETTIPERIAATE LIIKETOIMINTAKAUPASSA

Niko Mäenpää ja Eero Vähävaje¹

Millainen merkitys lojaliteettiperiaatteella on liiketoimintakaupassa? Tähän kysymykseen etsimme vastausta vastikään oikeustapauskilpailussa². Vaikka kilpailussa hoidettiin kuvitteellista liiketoimintakauppaa, ovat lojaliteettiperiaatteeseen liittyvät tulkintakysymykset hyvin todellisia. Sopimusoikeudessa lojaliteettiperiaatteella tarkoitetaan sopimuksen vastapuolen oikeuksien ja etujen ottamista huomioon sopijaosapuolten keskinäisessä suhteessa. Toisin sanoen sopimukseen sitoutuneen osapuolen on ennen toimeen ryhtymistä selvitettävä toimensa mahdolliset negatiiviset vaikutukset myös toisen sopijakumppanin kannalta. Jos lojaliteettiperiaatteeseen kuuluva lojaliteettivelvollisuus on korostunut sopimussuhteessa, on sopijapuolen lähtökohtaisesti pidättäydyttävä toimesta, jonka seuraukset olisivat huomattavan negatiiviset toiselle sopijapuolelle. Lojaliteettiperiaatteen sisältö määräytyykin aina tapauskohtaisesti, eikä sen sisältö siten säily vakiona eri sopimussuhteissa. Lojaliteettiperiaatteen sisältöön vaikuttaa ensinnäkin sopimustyyppi ja sopimuksen osapuolten asema. Lojaliteettiperiaate on erittäin korostunut niissä sopimuksissa, jotka edellyttävät varsin korkeaa osapuolten välistä luottamusta. Esimerkiksi pitkäaikaiset yhteistyösopimukset ovat tällaisia sopimuksia. Lojaliteettiperiaatteen merkitys korostuu myös niissä sopimussuhteissa, joissa sopimuksen osapuolia ei voida pitää tasavertaisina toimijoina. Tällöin lojaliteettiperiaate tarjoaa erityistä suojaa sopimuksen heikommalle osapuolelle.

Ongelmakohtana oli, oliko myyjällä oikeus solmia uusi toimitussopimus myytävään liiketoimintaan kuuluneen tavarantoimittajan kanssa jo liiketoimintakaupan sopimusneuvotteluvaiheessa. Myyjän uuden toimitussopimuksen myötä tavarantoimittaja irtisanoi myytyyn liiketoimintaan kuuluneen toimitussopimuksen. Välitön irtisanominen johtui uuden toimitussopimuksen yksinoikeusehdosta. Myytyyn liiketoimintaan kuuluneen toimitussopimuksen heikko irtisanomissuoja oli ostajan tiedossa jo sopimusneuvotteluvaiheessa, eikä kauppasopimus sisältänyt mitään erityistä kieltoa solmia uusia ei-kilpailevaan liiketoimintaan kuuluvia sopimuksia. Asiaa jouduttiin punnitsemaan sopimusoikeudellisen lojaliteettiperiaatteen kannalta.

Sopimustyyppinä liiketoimintakauppasopimus ei ole sopijapuolten välinen pitkä yhteistyösopimus. Kauppasopimuksen tarkoituksena on saattaa liiketoimintakauppa loppuun, jonka jälkeen sopijapuolet jatkavat markkinoilla itsenäisinä toimijoina. Mitään korostunutta velvollisuutta valvoa vastapuolen etuja liiketoimintakaupassa ei voida siis perustella pitkäaikaisen yhteistyön tuella. On

1 Kirjoittajat ovat kuudennen vuoden opiskelijoita Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Niko Mäenpää suorittaa parhaillaan kauppaoikeuden ja Eero Vähä-Vahe kilpailuoikeuden syventäviä opintoja.

2 Merilampi Case 2015–2016. Kirjoittajat voittivat oikeustapauskilpailun.

kuitenkin mahdollista, että joissakin tapauksissa liiketoimintakaupan osapuolten asemia ei voida pitää tasavertaisina. Tällaiset tilanteet ovat kuitenkin elinkeinotoiminnassa varsin harvinaisia. Lähtökohtaisesti elinkeinonharjoittajia onkin pidettävä tasavertaisina toimijoina, elleivät erityiset syyt muuta vaadi. Epätasavertainen asetelma elinkeinonharjoittajien välillä voikin lähinnä tulla kyseeseen, jos toisella sopijakumppanilla ei ole ollut mahdollisuutta käyttää asiantuntijan apua. Asiantuntijan käyttäminen liiketoimintakaupassa onkin lähes välttämätöntä kaikkien liiketoimintakauppaan liittyvien riskien tunnistamiseksi. Tilanteita, joissa asiantuntijan apua ei ole käytetty, voidaan pitää äärimmäisen harvinaisina. Liiketoimintakaupoissa lojaliteettiperiaatteen painoarvoa voidaan pitää varsin vähäisenä. Liiketoimintakaupoissa sopijapuolten välisiä keskinäisiä velvollisuuksia on hyvin vaikea laajentaa lojaliteettiperiaatteen perusteella.

Tapauksessamme liiketoimintakaupan osapuolia ei voitu pitää keskenään epätasavertaisina. Suuruuseroja liikevaihdon määrän suhteen oli, mutta nähdäksemme epätasavertainen asetelma voi syntyä vain, jos toisella osapuolella liikevaihto on erityisen alhainen. Liikevaihtojen suhteellisella erolla ei tulisi myöskään antaa mitään merkitystä tietyn rajan ylityttyä. Kummallakin osapuolella oli tapauksessamme ainakin mahdollisuus käyttää ulkopuolista asiantuntijaa. Tätä mahdollisuutta molemmat osapuolet myös käyttivät. Lojaliteettiperiaatteen merkitys tapauksessamme oli siis varsin rajallinen, koska sopimukseen ei sisällynyt mitään erityisiä yhteistyövelvoitteita kaupan toteutuksen jälkeiselle ajalle.

Liiketoimintakaupassa myyjän tiedonantovelvollisuus siirtyvästä liiketoiminnasta saa sisältönsä lähinnä sopimuksen sanamuodosta. Myyjän velvollisuutena on yleensä luovuttaa ostajalle siirtyvästä liiketoiminnasta tunnuslukuja ja muita tietoja, kuten tärkeitä sopimuksia, mahdollisten liiketoiminnallisten riskien tunnistamiseksi. Usein luovutettavia tietoja täydentää vielä kauppasopimukseen otetut myyjän vakuutukset siirtyvän liiketoiminnan sisällöstä sekä myyjän muut sitoumukset. Myyjän vakuutukset ovat ensiarvoisen tärkeitä arvioitaessa sitä, onko siirretty liiketoiminta vastannut sovittua. Kaupan kohteessa on luonnollisesti virhe, jos myyjän vakuutukset eivät vastaa todellisuutta. Mitään laajentavaa tulkintaa myyjän tiedonantovelvollisuudesta ei kuitenkaan voida tehdä lojaliteettiperiaatteen perusteella. Kauppasopimuksen sanamuodon laajentava tulkinta vaatisi korostunutta lojaliteettivelvollisuutta sopijaosapuolten välillä. Tällaista korostunutta velvollisuutta valvoa vastapuolen etuja ei liiketoimintakaupoissa kuitenkaan lähtökohtaisesti ole.

Myyjän tiedonantovelvollisuuden vastapainona toimii ostajan selonottovelvollisuus. Ostajan velvollisuutena on ottaa selvää luovutettujen tietojen merkityksestä liiketoiminnalle, pyytää myyjältä tarvittaessa tarkennuksia tai vaatia liiketoimintakaupan toteutumiseksi lisäehtoja. Ostajan on arvioitava saatujen tietojen, vakuutusten ja muiden sitoumusten merkitys ostettavalle liiketoiminnalle. Arvioinnin on oltava kokonaisvaltaista ja äärimmäisen tarkkaa: ei riitä, että ostaja tarkistaa tiedot vain päällisin puolin, vaan ostajan on tunnistettava kaikki siirtyvään liiketoimintaan liittyvät riskit. Selonottovelvollisuus edellyttääkin ostajalta huomattavan aktiivista ja huolellista toimimista, sillä ostaja ei lähtökohtaisesti voi myöhemmin vedota seikkoihin, joista huolellisen

ostajan olisi pitänyt olla tietoinen jo ennen sopimuksen solmimista. Riskiin reagoimatta jättäminen voidaan nähdä myös riskin tietoisena hyväksymisenä, joka vahingonkorvausoikeudellisten yleisten periaatteiden mukaan alentaa olennaisesti vahingontekijän tuottamuksen astetta. Riskin hyväksyminen on myös peruste alentaa korvattavan vahingon määrää. Onkin otettava huomioon, että liiketoimintakaupassa ostajalta vaadittu huolellisuuden taso on asetettu erittäin korkealle. Ostajan korostuneen selonottovelvollisuuden takia myytävässä liiketoiminnassa voi vain hyvin poikkeuksellisesti olla virhe, jos vahinko on aiheutunut sellaisesta riskistä, jonka huolellisen ostajan olisi pitänyt havaita jo sopimusneuvotteluvaiheessa. Liiketoimintakauppa edellyttää siis ostajalta huomattavaa panostusta riskienhallintaan jo sopimusneuvotteluvaiheessa.

Itse päädyimme tapauksessa tulkintaan, ettei myyjällä ollut lojaliteettiperiaatteen nojalla velvollisuutta pidättäytyä uudesta toimitussopimuksesta myytävään liiketoimintaan kuuluneen tavarantoimittajan kanssa. Ostaja oli jo sopimusneuvotteluvaiheessa tietoinen toimitussopimuksen heikosta irtisanomissuojasta. Ostaja olisi voinut suojautua riskiltä neuvottelemalla uuden toimitussopimuksen paremmin ehdoin jo sopimusneuvotteluvaiheessa. Ostaja ei kuitenkaan ollut reagoinut riskiin millään tavalla ja näin ollen ostaja oli vähintäänkin hyväksynyt liiketoimintakauppaan sisältyneen riskin. Tapauksessa oli otettava myös huomioon, että kuka tahansa muukin toimija olisi voinut neuvotella vastaavan toimitussopimuksen saman tavarantoimittajan kanssa, jolloin seuraukset olisivat olleet samanlaiset.

DEFICIENCIES OF THE DUBLIN REGULATION AND THE SOLIDARITY REMEDY EXEMPLIFIED BY ANALYSING CASES M.S.S. V. BELGIUM AND GREECE AND TARAKHEL V. SWITZERLAND

Zarah Schmidt¹

Keywords:

Dublin Regulation, Common European Asylum System, European Court of Human Rights, solidarity, burden sharing, fundamental rights, reception conditions.

ABSTRACT

This paper focuses on one of the cornerstones of the Common European Asylum System: the Dublin Regulation. It will be shown that the principles building the core of the Dublin System are difficult to reconcile with the realities in the overburdened southern and eastern Member States of the European Union. Special weight will be given to the issues of solidarity with the frontline states and burden sharing among the parties to the Regulation, without which basic rights such as dignity and security for asylum seekers cannot be guaranteed throughout Europe. Through analysing two landmark decisions, M.S.S. v. Belgium and Greece and Tarakhel v. Switzerland in front of the European Court of Human Rights, it will be shown that the incorrect or negligent use of the Dublin Regulation can lead to serious violations of fundamental rights of the asylum seekers.

1 Zarah Schmidt is a student in international law at the University of St. Gallen in Switzerland, who currently focuses on her Master's Thesis on family reunification in migration law. This article is based on a seminar paper on multi-layered protection of human rights in Europe, which she wrote during her exchange semester at the University of Helsinki.

TABLE OF CONTENTS

1. Introduction
 2. European Migration and Asylum Framework
 3. The Dublin Regulation
 4. Insufficiencies of the Dublin Regulation
 - 4.1 Burden Shifting instead of Burden Sharing
 - 4.2 Violation instead of Protection of Fundamental Rights
 5. Exemplifying Challenges of the Dublin System through Case-Law
 - 5.1 M.S.S. v. Belgium and Greece
 - 5.2 Tarakhel v. Switzerland
 6. Conclusion
- Reference List

I. INTRODUCTION

The issues of migration and asylum are currently dominating the media. On a daily basis journals inform about boats transferring hundreds of people across the Mediterranean Sea to the southern border of the European Union (EU). The life in Europe seems promising enough to risk losing everything. The massive influx of asylum seekers leaves both politicians and civilians restless, and creates chaos in the overburdened frontline states. While this paper does not intend to extensively discuss the political and legal implications of the current migration crisis, nor the exceptional solutions taken in the aftermath of several particularly devastating boat accidents, it will focus instead on one of the cornerstones of the European asylum system: the Dublin Regulation.

The question this paper aims to discuss is how the underlying, theoretical principles of said legal document are affecting the realities of the asylum seekers and the Member States forming the external border of Europe and how the current situation could be remedied. Triggered by the aggravated migration situation in Europe the flaws of the Dublin Regulation have been outlined in the past years, both by academia and the media.² However, new insights into the Regulation are further necessary, as the Member States are not likely to be able to agree on a new, improved instrument. With this paper I aim to provide a concise summary of expressed critics and an overview of the intrinsic problems of the Dublin Regulation. Further, I would like to elaborate why in my opinion the only viable solution to the current migration crisis is the establishment of a solidarity-based system among the European states.

In order to do so, I will start with a brief introduction to migration law in Europe in general and the Dublin Regulation in particular. Following this introduction, the article will concentrate on the insufficiencies of the Dublin Regulation, which in certain cases causes asylum claims to be processed without guaranteeing the respect of the fundamental rights of the asylum seekers. In order to receive a clearer picture of the practical consequences the disrespect of fundamental rights might cause, a closer look will be taken at two cases in front of the European Court of Human Rights (ECtHR), namely the landmark decision *M.S.S. v. Belgium and Greece* and the recent case *Tarakhel v. Switzerland*. The analysis of these two judgments will further outline some of the problems the Dublin Regulation bears in itself and highlight the solutions the Court suggested in order to improve the situation of the applicants.

2. EUROPEAN MIGRATION AND ASYLUM FRAMEWORK

While the number of people fleeing to Europe these days constitutes an important influx in comparison to the past years, migrants and refugees arriving in the EU are by no means new

2 For further information see for example ECRE, Dublin Regulation. <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-europe/10-dublin-regulation.html>, accessed 8 May 2016.

phenomena. Especially due to the conflicts in Syria and Iraq, the instabilities in Afghanistan and Eritrea and since 2014 in the Ukraine, migration was a core topic in the EU during the past few years. According to the European External Action Service (EEAS) migration is “at the heart of the political debate in the EU and, for a few years now, is one of the strategic priorities of the external relations of the Union”.³ However, it was only in the early months of 2015 when the situation reached a point where the term ‘migrant crisis’ started to be widely used by European political leaders and the media.⁴ According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) in 2015 more than one million migrants and refugees reached the shores of Europe by sea. Greece, followed by Italy, received the lion’s share of the arrivals.⁵ Overwhelmed by the increasing number of arriving people these two southern European states asked for help from the other Member States of the EU. After a number of particular devastating boat accidents, several meetings were held at the EU level in order to address the migration crisis and to respond to the aggravated situation in the Mediterranean. Among the proposed solutions the option of emergency relocation between the Member States has caused a great deal of discussions, with governments from United Kingdom and certain central and eastern European states strictly opposing the plan to distribute refugees more evenly in Europe.⁶ When it comes to migration questions it seems that the so-called Union breaks into separate states again, adding complexity to possible political solutions in order to resolve the current situation.

Also the framework of the European legal regulations concerning immigration law reflects the complexity of the issue. Since 2007 the legal measures taken by the EU in order to deal with third-country nationals (TCNs) are laid down in Articles 78 and 79 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Articles 78 (1) and (2) and also Articles 79 (1) and (2) are outlining the importance of a common policy on asylum. The goal of this common policy on asylum is to create a space of freedom, security and justice, for those who are forced to flee to the EU.⁷ A common approach to asylum and migration seems to be a necessary condition for the EU, seen

3 EEAS 2015, Migration and Asylum in External Relations. http://www.eeas.europa.eu/migration/index_en.htm, accessed 15 March 2016.

4 In this context it is important to distinguish the terms ‘refugees’ and ‘migrants’, as their treatment under modern international law varies significantly. The 1951 Refugee Convention, which is ratified by the majority of countries and is the key legal document for defining who is a refugee, states in Article 1 that this status is given to all persons fleeing their country “owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”. On the other hand, migrants do not flee armed conflicts or persecution, but choose to move mainly because of economic reasons and try to improve their lives by finding work abroad.

5 UNHCR, Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean. <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>, accessed 15 March 2016.

6 European Council 2015 A, Special meeting of the European Council, 23 April 2015 – statement. <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>, accessed 18 March 2016; Croft 2015, EU countries’ resistance could frustrate migrant relocation plan, Swissinfo, 27 May 2015. <http://www.swissinfo.ch/eng/reuters/eu-countries--resistance-could-frustrate-migrant-relocation-plan/41455038>, accessed March 18th, 2016.

7 TFEU 2007, Articles 78 and 79; Morano-Foadi 2015, p. 117-118.

that with the entry of the Schengen Convention in 1990 the internal border control of the largest part of the EU was abolished and the free movement of persons within the European Internal Market was introduced.⁸ It was in 1999 during the ‘Tampere Conclusions’ when the EU formally started to talk about the so called Common European Asylum System (CEAS): based on the 1951 Refugee Convention clearly formulated minimum standards should be provided, which should be applied by all EU Member States when processing asylum questions.⁹ The outcome of an asylum application should not depend on where the asylum seeker applies and the cases should be examined in a fair and effective way, guaranteeing protection throughout Europe. Nowadays, the CEAS consists of several crucial directives, such as the revised Qualification Directive, which sets out common grounds justifying international protection.¹⁰ Also among the directives is the revised Dublin Regulation.¹¹

3. THE DUBLIN REGULATION

The Dublin Regulation is a EU law, which determines the responsible state for evaluating asylum claims from TCNs arriving to Europe. Since 1997 it supersedes the Schengen Convention, which also laid down certain rules in order to determine the responsible state for processing asylum applications.¹² On the basis of the 1997 Dublin Convention, in the frame of the CEAS the Dublin Regulation (also called the Dublin II Regulation) was adopted and entered into force in 2003. The latest changes to the Dublin Regulation were undertaken in 2013, enforcing the so-called Dublin III Regulation, which applies to all the 28 EU Member States, as well as to four Associate States.¹³ Its main objective – to establish criteria and mechanisms for determining the Member State¹⁴ responsible for examining an application by a TCN – has stayed the same over the years.

Criteria for the establishment of the responsible Member State are namely family considerations, recent possession of visa or residence permit in a Member State, illegal entry to a Member State and legal entry to a Member State. The idea behind these criteria is that the responsibility for the examination of the application should be given to the state, which contributed the most to the presence of the asylum seeker in the territory where the Dublin Regulation applies. If however none of these criteria applies it is upon the first Member State, where the asylum seeker arrived, to examine the application.¹⁵ The fact that in each case only one contracting state is responsible

8 Hailbronner 2000, p. 1, 375.

9 Wierich 2011, p. 227.

10 European Commission 2015 A, Common European Asylum System. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm, accessed 20 March 2016.

11 The other directives are the Asylum Procedures Directive, the Reception Conditions Directive and the EURODAC Regulation. The latter two are further discussed in Chapters 3 and 4.2.

12 Schengen Implementation Agreement 1990, Articles 28-38.

13 ‘Associate States’ is the denomination for the states adhering to the Schengen Convention without being part of the EU. They are namely Norway, Iceland, Switzerland and Liechtenstein.

14 In this paper ‘Member State’ refers to the 32 ‘Dublin countries’, except if specifically stated otherwise.

15 Hailbronner 2000, p. 385; European Commission 2015 B, Country responsible for asylum application (Dublin). http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/index_en.htm, accessed 17 March 2016.

for processing the asylum application is seen as beneficial for both the Member States and the applicants. Seen that applicants can only apply in one country (a principle unofficially referred to as the 'one-chance-only principle') ensures that the limited economic resources of the 'Dublin Countries' are used efficiently, by preventing a situation where several states examine the same application in order to determine whether the asylum seeker should be granted protection or not. Also, this principle tries to undermine the intention of asylum seekers to apply in a parallel or successive manner to different states - so called 'asylum-shopping'.¹⁶

In order to avoid abuses of the Dublin Regulation, the fingerprints of the asylum seekers are registered in the country, where the applicants arrive, and are afterwards transmitted through the European Dactyloscopy (EURODAC) database. This procedure is of particular necessity seen that an important part of the asylum seekers travel without documents or with false identities.¹⁷ At the same time, the fact that only one state is responsible for the examination of the application, is also beneficial for TCNs seeking for protection: not only does this procedure guarantee a relatively rapid decision-making, it also avoids the risk of 'refugees in orbit', where the responsibility for processing the asylum claim is passed from one Member State to another. Such a suspension of granting protection to a potential refugee would not only leave the asylum seeker in a desperate situation, it could even violate Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which prohibits degrading treatment.¹⁸

4. INSUFFICIENCIES OF THE DUBLIN REGULATION

While the rapid determination of the responsible Member State is in theory beneficial for both the asylum applicants as well as the parties to the treaty, in practice the situation is more complicated. On the tenth anniversary of the Dublin II Regulation, in 2013, a research group consisting of Réfugiés-Cosi, the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), the Hungarian Helsinki Committee and their respective national partners, published a comparative study regarding the application of the Regulation in different Member States. The assessment was quite disillusioning and highlighted different areas where improvement is necessary. According to these organizations the underlying principles of the Dublin Regulation need to be revised in order to grant better protection for refugees and more efficient use of the Member States' resources.¹⁹ Summarized, the problem is mainly two-folded: the core problem lies in the fact the parties to the Dublin Regulation are affected by the influx of asylum seekers in different extent due to their geographical location. Frontline states, receiving the highest amount of asylum

16 Hailbronner 2000, p. 1, 383; Morano-Foadi 2015, p. 130.

17 Hailbronner 2000, p. 401; European Commission 2015 C, Identification of applicants (EURODAC). http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/identification-of-applicants/index_en.htm, accessed 17 March 2016.

18 Battjes 2006, p. 388; Nathwani 2003, p. 145.

19 ECRE 2013, p. 5; ECRE 2008, p. 29.

applications, are overwhelmed by the massive administrative and logistic effort related to the arrival of TCNs. This in turn leads to very practical shortages, forcing people in need to live in devastating conditions and violating their fundamental right to dignity and security.

4.1 Burden Shifting instead of Burden Sharing

When dealing with the migration influx in Europe, solidarity among the Member States should be shifted to the center of the conversation. In connection to the asylum policy this principle is enshrined in the TFEU, implying that the responsibility to offer adequate protection should be shared between the Member States of the EU.²⁰ Also the preamble of the Dublin II Regulation mentions the “spirit of solidarity”.²¹ ECRE reminds the reader that solidarity is a “longstanding core principle of the European project”.²² Also the 1951 Refugee Convention mentions in its preamble the importance of solidarity between states, by stating that “the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries” and that “a satisfactory solution [...] cannot therefore be achieved without international co-operation”.²³ However, the criteria serving to determine the responsible Member State, which supposedly are based on “objective, fair criteria both for the Member States and for the persons concerned”²⁴, cannot be seen as distributing the responsibility equally among Member States. Especially the ‘irregular entry’ and ‘first entry’ criteria allocate responsibility to the frontline Member States, such as Greece, Italy, Malta and Hungary, as they are better accessible across the Mediterranean or the Balkan Route than the rest of the Member States. The question arises whether it is ‘fair’ and in accordance with the principle of solidarity to leave the responsibility to deal with the highest amount of asylum seekers to these southern and eastern countries, which themselves partially struggle with severe financial and economic problems. The system is problematic, as it leaves the responsibility to states, which are not able to properly secure their borders. The Dublin Regulation therefore might encourage states to restrict the access to their territory, which goes against the right for protection of refugees. Another question that arises is whether it is fair towards the ‘person concerned’ to determine the state responsible for the asylum application according to criteria, which do not take into consideration the ability of the state in question to provide adequate facilities for the asylum seekers.²⁵ It can therefore be said that with the establishment of the Dublin Regulation the burden of asylum proceedings has not been shared among the Member States, but has rather been shifted towards states, which are geographically closer located to countries or regions that are prone to crisis and from where persons are forced to flee.²⁶

20 TFEU 2007, Article 67 (2).

21 Dublin II Regulation 2003, Preamble recital (8).

22 ECRE 2008, p. 26.

23 Refugee Convention 1951, Preamble.

24 Ibid, Preamble recital (4).

25 Lenart 2012, p. 13-17. This point was addressed by the ECtHR in several cases and will be discussed in Chapter 4.

26 Hailbronner 2000, p. 401.

Further, in accordance with the solidarity principle, Member States should apply the same standards when processing asylum applications, in order to avoid migrant flows to Member States with lower admission barriers. However, while this intention is again logical in theory, its implementation in reality appears to cause substantial difficulties. For example the admission of asylum claims vary widely from one Member State to another: while in 2014 the overall first-instance recognition²⁷ rate was at 45% in the EU, the rate of positive decisions vary considerably across its different Member States. At the top of the list there are Bulgaria and Sweden, with respectively 94% and 74% of first-instance recognition, while Croatia and Hungary trail behind the rest of the EU with 11% and 9% of initial admission.²⁸ These diverging numbers can partially be explained by the different origin of the asylum applicants, which do not all benefit from the same protection; but nevertheless they show that international protection is not applied in a coherent way among the Member States. This leads to the phenomenon of ‘asylum lottery’, making the decision of an application dependent on where it is submitted, and contributing to an unjust distribution of asylum seekers.²⁹ The differences in proceeding asylum applications, which cannot only be seen in the diverging rates of recognition of first instances, but also in the differing conditions of reception facilities, length of detention and quality of treatment, are problematic for the application of the Dublin II Regulation: in accordance with the determination of one responsible state, asylum seekers can be sent back to the country where they entered illegally or arrived first. This however presupposes that the Member States have to be sure that the other parties to the Dublin Regulation are ‘safe countries’, which means that they comply with human rights provisions and respect certain standards when granting protection.³⁰ This principle of ‘Mutual Trust’ should however not be taken for given, as it will be shown with the *M.S.S. v. Belgium and Greece* and *Tarakhel v. Switzerland* cases.

With the adoption of the Dublin III Regulation certain important improvements were made, such as the introduction of an early warning, preparedness and crisis management mechanism, in case of particular pressures, which could cause problems in national asylum systems, or provisions in order to better protect applicants.³¹ However, the underlying problems described above have for the most part not been adequately addressed. As an example it can be stated that in 2014 five EU Member States have been responsible for the processing of 72% of the

27 ‘First-instance recognition rate’ refers to the share of positive decisions in the total number of asylum decisions, reached by the authority acting as a first instance of the asylum procedure in the receiving country. See Eurostat Statistics Explained, Glossary: Asylum recognition rate. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Asylum_recognition_rate, accessed 28 March 2016.

28 ECRE 2015 A, p. 17-18.

29 *Ibid.*, p. 18; Lenart 2012, p. 3, 9.

30 Nollkaemper 2013, p. 362-363.

31 European Commission 2015 A, Country responsible for asylum application (Dublin). http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants/index_en.htm, accessed 20 March 2016.

asylum applications EU-wide, showing that the burden is still unequally distributed.³² At the moment the idea of a resettlement and relocation plan, based on criteria such as population size and Gross Domestic Product (GDP) of the Member State, is intensively discussed.³³ Like the two decisions allowing emergency relocations from Italy and Greece of a total of 160 000 people, such a measure would grant the frontline Member States a certain relief.³⁴ While these are important steps towards burden sharing it seems that currently economic reasons, as well as pressure from national political parties, make the establishment of a solidarity-based migration policy a difficult and almost utopic undertaking in Europe.

4.2 Violation instead of Protection of Fundamental Rights

The missing cooperation within the Dublin System does not only constitute a problem because it shows a lack of solidarity, but mostly because it results in inadequate reception conditions in the frontline states, which also struggle to provide a timely processing of the asylum applications. The poor reception and procedural standards in certain countries are one of the main reasons for the increase in the criticism of the Dublin Regulation in the last few years.³⁵ While the Reception Conditions Directive lays down in its preamble that applicants should be granted standards of reception, which “ensure them a dignified standard of living [...] in all Member States”³⁶, this is a further theoretical provision, which is not met by all the parties to the Directive. Nobody should be deprived from the most basic needs such as food, clothing, housing, health care and employment³⁷; however, this is exactly what happens in countries overwhelmed by high numbers of asylum seekers. Taking a closer look at Greece and Italy, the two countries with the inglorious reputation of having the “worst welfare provision”³⁸, the extent of the miserable conditions becomes evident.

In Greece, even with the financial support of the EU through the ‘Greek Action Plan on Asylum and Migration Management’ and with the emergency support provided by the European Asylum Support Office (EASO)³⁹, the conditions in reception centers are not reaching the minimum standard laid down by EU law and international human rights law. The reception capacity is largely insufficient, even for the most vulnerable persons such as unaccompanied minors or

32 European Commission 2015 D, p. 13.

33 Ibid, p. 19-22.

34 European Council 2015 B, Justice and Home Affairs Council, <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2015/09/22/>, accessed 18 March 2016; ELENA 2015, p. 17.

35 Lenart 2012, p. 11.

36 Reception Conditions Directive 2013, Preamble recital (11).

37 European Commission 2015 E, Reception conditions, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index_en.htm, accessed 24 March 2016.

38 Domokos & Grant 2011, Dublin regulation leaves asylum seekers with their fingers burnt, the Guardian, 7 October 7 2011. <http://www.theguardian.com/world/2011/oct/07/dublin-regulation-european-asylum-seekers>, accessed 23 March 2016.

39 The EASO is an agency of the EU that supports the establishment of the CEAS and assists Member States to fulfill their obligations when assessing asylum applications.

victims of torture. During a recent fact finding mission on behalf of the Asylum Information Database (AIDA) it was found that in certain Greek reception centers the conditions in cells are substandard; lacking natural light, appropriate health care and adequate nutrition for infants. In certain reception centers the asylum seekers are effectively detained and deprived of their liberty. In other cases, the asylum seekers are actually sent to detention centers, due to the lack of open accommodation. ECRE urges the Greece government especially to abstain from detaining unaccompanied children, as it can never be in the best interest of the child to spend a prolonged period of time in detention centers.⁴⁰ While in Italy the conditions are said to be better than in Greece, certain accommodation centers are still heavily overcrowded. Further, in practice there is only limited possibility for integration and socialization.⁴¹ A lot of asylum seekers, even if they are recognized as refugees, end up sleeping on the street, deprived from a stable accommodation and the possibility to live a life in dignity. The desperate situation leads some of the asylum seekers to burn their fingertips, in the hope to escape the Dublin System and the stored information on EURODAC. Sadly, the rights asylum seekers have on paper are not translated into reality.⁴²

Besides the material reception problems also the administrative procession of the asylum claims leads to difficulties. Due to the massive influx of asylum seekers and the limited capacities of the authorities of the border Member States, a fair and efficient examination of the asylum claims often cannot be guaranteed, leaving the applicants in a state of uncertainty and anxiety.⁴³ The information given to the asylum seekers concerning the Dublin Regulation and the further steps of their application tend to be inadequate due to communication difficulties. Finally, restricted access to legal advice and lawyers makes it difficult for asylum seekers to appeal a transfer decision, even if in theory this right is granted in every Member State.⁴⁴ The lack of necessary infrastructure leads to situations where the obligations laid down in the 1951 Refugee Convention, EU law and the ECHR cannot be fulfilled.⁴⁵ Especially human dignity, which is declared to be inviolable by the Charter of Fundamental Rights of the EU⁴⁶ and is seen as “the very essence of the Convention”⁴⁷, is not always guaranteed in the current system.⁴⁸ When dealing with asylum cases the ECtHR has most frequently considered Article 3 of the ECHR, which lays down the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment. However, also other

40 AIDA 2015 A, p.4-24.

41 AIDA 2015 B, p. 62-65.

42 Domokos & Grant 2011, Dublin regulation leaves asylum seekers with their fingers burnt, the Guardian, 7 October 7 2011. <http://www.theguardian.com/world/2011/oct/07/dublin-regulation-european-asylum-seekers>, accessed 23 March 2016.

43 ECRE 2013, p. 5.

44 Ibid, p. 7.

45 Peers 2012, p. 3.

46 Charter of Fundamental Rights of the European Union 2000, Article 1.

47 *Pretty v. the United Kingdom* 2002, § 65.

48 ECRE 2015 B, p. 15-17.

articles of the Convention can be relevant to asylum issues, especially in cases of refusal of asylum or transfer of the asylum seeker. Questions could for example be raised in relation to Article 2 (right to life), Article 5 (right to liberty and security of the person), Article 6 (right to a fair trial) and Article 8 (protecting the right to respect for family and private life).⁴⁹

The Recast Reception Conditions Directive, which entered into force in July 2015, addressed certain problematic points, especially regarding detention grounds, the protection of unaccompanied minors and vulnerable persons in general, by clarifying the duty to conduct an individual assessment with concerned people.⁵⁰ Still, there is much room for improvement. Even without addressing the underlying problems, there are certain measures, which can be taken. There could for example be a closer monitoring of national practices, especially by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, who should continue to urge the Member States to respect the principles enshrined in the ECHR while implementing the Dublin Regulation. Also, better communication and detailed, continuous information for asylum seekers regarding their application status should ensure that the applicants have a better overview regarding their progress in the asylum procedure. Especially in the case of a transfer decision, the concerned person should be notified within a reasonable period before the removal takes place.⁵¹ A further important improvement would be to better respect the best interests of the child, resulting in a strict compliance with the family-related responsibility criteria and increased efforts to trace family members of unaccompanied minors. Reuniting them with relatives in other Member States should be seen as the primary consideration when establishing the responsibility for the examination of their asylum application in order to ensure the principle of family unity. In cases where the age of the unaccompanied person is disputed, the benefit of the doubt should be applied.⁵²

5. EXEMPLIFYING CHALLENGES OF THE DUBLIN SYSTEM THROUGH CASE-LAW

It is not astonishing that a system, which puts at risk fundamental rights of asylum seekers, leads to a considerable amount of cases. Seen that there is no international Refugee Court, the decisions taken by the ECtHR⁵³ when dealing with immigration cases are of great importance when evaluating Europe's asylum procedures.⁵⁴ The ECtHR, which has even been referred to

49 Mole & Meredith 2010, p. 23; Lenart 2012, p. 9.

50 European Commission 2015 E, Reception conditions, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index_en.htm, accessed 24 March 2016.

51 ECRE 2013, p. 10-11.

52 Council of Europe 2015, p. 11.

53 Also the Court of Justice of the EU (CJEU) has dealt with immigration cases. For more information on the relationship between the CJEU and the ECtHR, as well as the CJEU's judgments in certain immigration cases see further, for example, Morano-Foadi 2015.

54 *Ibid.*, p. 120.

as “Asylum Court”⁵⁵, is open to individual applicants and its task is to examine alleged violations of the ECHR. The 28 EU Member States, as well as the four Associate States, are Parties to the Convention and are therefore bound by the rights enshrined in the Convention, also when applying EU law such as the Dublin Regulation. They are further bound by the judgments of the ECtHR.⁵⁶ In relation to the Dublin Regulation there have been several decisions by the ECtHR in the past years. Two of the cases, namely the *M.S.S. v. Belgium and Greece* and *Tarakhel v. Switzerland*, will be looked at in more detail now, as they illustrate in a more practical manner the challenges in connection with the Dublin System.

5.1 *M.S.S. v. Belgium and Greece*

The *M.S.S. v. Belgium and Greece* case is truly a landmark decision, not only because it was the first successful and admissible case regarding the Dublin II Regulation, but also because it pointed out the obligations of the Member States to respect human rights and to apply the Dublin System in a way that is coherent with the ECHR.⁵⁷

The applicant, an Afghan national, entered the EU in 2008 through Greece, where the authorities registered his fingerprints. Without applying for asylum he continued to Belgium, where he submitted an asylum claim. Through EURODAC the Belgian authorities were informed that the applicant had arrived in Greece. The Aliens Office decided not to grant the applicant the right to stay and ordered him to return to Greece, under reference to the Dublin Regulation. Despite two appeals of the applicant and a letter of the UNHCR, highlighting the deficiencies of the conditions for asylum seekers in Greece, the Belgian authorities argued that there was no reason to believe that Greece would fail its obligations under EU law and the 1951 Refugee Convention.⁵⁸ The applicant was transferred back to Greece under escort in 2009, where according to his claims he was detained in appalling conditions, amounting to inhuman and degrading treatment. The detention, as well as the subsequent treatment of his asylum application, which left him living on the street in extreme poverty, constituted a violation of Article 3 ECHR according to the applicant.⁵⁹

Even though the ECtHR took into consideration the extensive burden Greece as a state forming the external borders of the EU had to endure because of the arrival of asylum seekers, it stressed that this did not discharge a state from respecting the provision of Article 3 ECHR. The detention and living conditions of the applicant did indeed constitute an inhuman and degrading treatment. Also the deficiencies of the examination of the asylum request by the Greek authorities constituted a violation of the Convention, namely Article 13 ECHR taken in

55 Bossuyt 2012, p. 203.

56 Council of Europe 2010, p. 1-2.

57 Lenart 2012, p. 15-16.

58 *M.S.S. v. Belgium and Greece* 2011, §§ 9-28.

59 *Ibid.*, §§ 206, 235, 263.

conjunction with Article 3.⁶⁰ The Court went a step further and declared that also Belgium, by sending the applicant to a state where he had to endure inhuman treatment and by failing to properly examine the request and providing the applicant with an effective remedy, was also in violation of Articles 3 and 13 ECHR.⁶¹

With this decision, the Court effectively abolished the 'Mutual Trust' principle between the Member States. The Belgian authorities are criticized for having relied on the Dublin Regulation "systemically", even though there was a risk the applicant's rights would not be respected after the transfer.⁶² The presumption of safety has to be refuted if the applicant is transferred to a state where the conditions of the asylum procedure could violate fundamental rights. The Member States, before relying on the Dublin Convention, therefore have a positive obligation to protect asylum seekers by verifying the actual compliance of the receiving state with the treaties it adheres to. With this decision one of the main ideas of the Dublin Regulation – namely that asylum applicants can be sent back to the Member States responsible for them – is shaken. Member States such as Belgium, which rely on the 'take back' clause almost automatically, are no longer allowed to do so, because this rule does not reflect the often devastating realities in the countries that according to the Dublin Regulation are responsible for the procession of the asylum claims.⁶³ Instead of relying on the 'safe state' principle, Belgium should have applied the 'sovereignty clause' laid down in the Dublin Regulation: this clause allows a state to examine a asylum application lodged with it by a TCN, even if under the general criteria of the Dublin Regulation said application would not fall under its responsibility. Belgium would then have become the Member State responsible for the application and would have taken on the obligations connected to this responsibility.⁶⁴

Until this day transfers back to Greece under the Dublin Regulation are suspended.⁶⁵ Also, the Dublin III Regulation expressly mentions in Article 3 (2) that in case there is a risk of inhuman or degrading treatment a new state should be established, to take over the responsibility of processing the asylum application.⁶⁶ A comprehensive solution, which would address the underlying problem of Member States, which are not safe enough to receive transfers, is however still not found. The discussion concerning the inclusion of a clause allowing the suspension of the Dublin Regulation in case of an exceptional burden in certain Member States, did not lead to a success.⁶⁷ Nevertheless, in the light of the recent migration crisis it seems that the Dublin Regulation can de facto be lifted in certain exceptional cases.

60 Ibid, §§ 223, 321.

61 Ibid, §§ 367-368, 396.

62 Ibid, §§ 359, 366.

63 Moreno-Lax 2012, p. 28-29.

64 Dublin II Regulation 2003, Article 3 (2); M.S.S. v. Belgium and Greece 2011, § 339.

65 AIDA 2015 A, p. 4.

66 Dublin III Regulation 2013, Article 3 (2).

67 Boeles et al. 2014, p. 266.

5.2 Tarakhel v. Switzerland

The Tarakhel v. Switzerland case, which is a more recent judgment, shows firstly that also under the Dublin III Regulation problems with transfers arrive and secondly that the ECtHR is determined to provide special protection to particularly vulnerable people.

The case concerns an Afghan family, having fled through Turkey to Italy, where their identification was stored with the EURODAC system. Due to the poor living conditions in the reception center, the lack of privacy and the climate of violence, the family travelled to Austria and from there to Switzerland, where they applied for asylum in 2011. The Swiss authorities declined their request, and ordered the return of the family to Italy, stating that there was no evidence that the Italian asylum system did not comply with public international law.⁶⁸ When the case came in front of the ECtHR the judges made sure to distinguish the situation in Italy from the reception conditions in Greece, as described in the *M.S.S. v. Belgium and Greece* case. Nevertheless, it was admitted that the family's fear of being left without accommodation or being placed in reception centers that were already considerably crowded and where possibly violent conditions would rule, was justified.⁶⁹ While the Court has already found in the *M.S.S.* case that asylum seekers are "a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection"⁷⁰, the judges stressed that in casu the 'special protection' was of increased importance, seen that the case concerned a couple with four minor children. In order to guarantee the fulfillment of their specific needs and the protection of their vulnerability the judges decided that Switzerland would be in violation of Article 3 ECHR by transferring the family back to Italy, unless the Swiss authorities would first obtain individual guarantees from the responsible persons in Italy that the conditions of the facilities are adapted to the needs of the children and that the family would not be separated.⁷¹

In contrast to the *M.S.S.* case, the Court did not decide on a complete ban of transfers to Italy, and not even on a complete ban of returns of families with children. With the Tarakhel judgment the Court gave a very nuanced decision, specific to the particular situation of this family. This case, and the resulting practice of having to obtain concrete guarantees before a Dublin transfer of a particularly vulnerable person, can be seen as situated between the two extreme positions of the 'Mutual Trust' principle and the complete ban of transfers to a certain Member State, such as Greece. While it is contrary to the 'Dublin spirit' and the reliance of the proper fulfillment of the obligations of the parties to it, this decision shows the importance and the priority the Court allocates to the protection of the most vulnerable people.⁷² Switzerland, since the decision of the ECtHR, has suspended all Dublin returns to Italy in cases involving children, before having

68 Tarakhel v. Switzerland 2014, §§ 8-19.

69 Ibid, § 120.

70 *M.S.S. v. Belgium and Greece* 2011, § 251.

71 Tarakhel v. Switzerland 2014, §§ 119-122.

72 Zimmermann 2014, Tarakhel v. Switzerland: Another Step in a Quiet (R)evolution?, <http://strasbourgothers.com/2014/12/01/tarakhel-v-switzerland-another-step-in-a-quiet-revolution/>, accessed 26 March 2016.

obtained concrete guarantees for every case. Also the other Member States proceed with caution when transferring asylum seekers back to Italy.⁷³ The new procedure of providing individual guarantees takes into consideration personal circumstances of the applicant and individually interprets if their fundamental rights would be respected in case of a transfer. However, this procedure also leaves an enormous burden on the Italian procedural system. Also, like the M.S.S. case, it does not provide a solution regarding the overcrowded reception centers. This judgment reaffirms that there are flaws in the Dublin System and that there cannot be a presumption that fundamental rights are in practice observed in every Member State. Most of all, it shows that there is an urgent need of an effective implementation of a harmonized CEAS. Until then the Tarakhel decision needs to be applied across Europe in order to ensure the protection of the most vulnerable asylum seekers.⁷⁴

6. CONCLUSION

The Dublin System looks good on paper: by allocating the responsibility of the assessment of asylum claims to one Member State, it not only prevents 'asylum shopping' and 'refugees in orbit', it also guarantees a rapid decision for the applicants and an effective use of the resources of the Member States. However, the Dublin Regulation failed to provide adequate solutions in the past years and also during the current migration crisis. By allocating the responsibility of processing the asylum claims to the state, where the applicants irregularly crossed the borders or arrived first, the Dublin System shifts the burden to the states forming the external border of Europe. The massive influx of asylum seekers in countries such as Greece, Italy and Hungary led to the malfunction of the asylum processing and to disastrous conditions in reception centers. While the criteria might seem objective in theory, they prove to be unfair and ineffective in practice, leading to violations of fundamental rights and the failure of assisting people in need. This was confirmed by the ECtHR in cases such as M.S.S. v. Belgium and Greece, in which the Court abolished the principle of 'Mutual Trust'; another principle, which looks better on paper than in reality. In the Tarakhel v. Switzerland judgment the Court further stressed the obligation of every Member State to ensure the individual protection of the most vulnerable asylum seekers. While these decisions protect the rights of the applicants who would have been returned to the Member State they arrived to, they do not take away the initial burden of the frontline states, which led to the violation of the fundamental rights in the first place.

In my opinion, solidarity has to be intrinsic in the asylum policy of Europe – solidarity with the overburdened frontline states, but also with the countries outside Europe, struggling with far more refugees than we are. In order to facilitate the frontline Member State's task there is a need for burden sharing, be it through the activation of the 'sovereignty clause' of less

73 ELENA 2015, p. 4, 8.

74 Ibid, p. 16, 18-20.

targeted Member States or a more extensive relocation plan. It is because of situations like the one we find ourselves in that the relevant migration documents stress the importance of solidarity among the Member States. Yet, while Europe should stand as a Union in order to resolve the current migration questions, the opposite takes place: states turn away from each other, blaming one another and closing their borders in the hope that anyone but themselves takes care of the people arriving in Europe. Politicians do not shy away from the instrumentalization of the migration topic for the achievement of their proper goals – going as far as spreading the impression that migration and terrorism are two sides of the same coin. This leads to the formation of massive civil movements, demonstrating against asylum seekers and depicting them as the root of all evil, destroying Europe as we know it.

To enforce a solidarity-based policy under these circumstances is an ambitious and challenging task. Yet we have to remember that the closing of borders contravenes basic refugee protection rules and leaves people in devastating situations, separated from Europe – a continent so proud of its human rights values and principles – merely by barbed wire. Closing access possibilities at the western Balkan borders without guaranteeing new openings will not stop the migration flow; it will rather create alternative routes to Europe, adding even more pressure to the already overburdened frontline states Greece and Italy. While it is necessary to provide financial support to these states, funding alone is not enough to resolve the current situation. An overreaching distribution system needs to be elaborated, in which every Member State has to accept its individual responsibility, in order to ensure the protection of the fundamental rights of asylum seekers and the fulfillment of basic humanitarian standards.

It is time to revise the Dublin System and introduce profound amendments to the current migration regulations. Only this way fundamental rights of the asylum seekers can be guaranteed. Once the fundamental rights of asylum seekers are ensured, and all the Member States fulfill the minimum obligations under EU and international law, a well-functioning CEAS can be implemented, which will assure a harmonized and solidary asylum policy throughout Europe.

REFERENCE LIST

Legal Documents

Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01, (2000).

Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 [Schengen Implementation Agreement], (1990).

Convention in Relation to the Status of Refugees [Refugee Convention], (1951).

Council Regulation (EC) No 343/2003 [Dublin II Regulation], (2003).

Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) [The Reception Conditions Directive], (2013).

Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council (recast) [Dublin III Regulation], (2013).

Treaty on the Functioning of the European Union (amended by the Treaty of Lisbon in 2007).

EU Documents

European Commission. (2015 A). Common European Asylum System. Retrieved 20 March 2016, from http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm.

European Commission. (2015 B). Country responsible for asylum application (Dublin). Retrieved 17 March 2016, from http://ec.europa.eu/index_en.htm (Departments and services Migration and Home Affairs Policies Common European Asylum System).

European Commission (2015 C). Identification of applicants (EURODAC). Retrieved 17 March 2016, from http://ec.europa.eu/index_en.htm (Departments and services Migration and Home Affairs Policies Common European Asylum System).

European Commission. (2015 D). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration. COM(2015) 240 final. Brussels.

European Commission. (2015 E). Reception conditions. Retrieved 24 March 2016, from http://ec.europa.eu/index_en.htm (Departments and services Migration and Home Affairs Policies Common European Asylum System).

European Council. (2015 A). Special meeting of the European Council, 23 April 2015 – statement. Retrieved 18 March 2016, from <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>.

European Council. (2015 B). Justice and Home Affairs Council. Retrieved 18 March 2016, from <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/jha/2015/09/22/>.

EEAS. (2015). Migration and Asylum in External Relations. Retrieved 15 March 2016, from http://www.eeas.europa.eu/migration/index_en.htm.

European Court of Human Rights and Council of Europe

Council of Europe. (2010). Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights. Answers to frequently asked questions. Strasbourg.

Council of Europe. (2015). Parliamentary Assembly, After Dublin – the urgent need for a real European asylum system. Doc. 13592, Strasbourg.

ECtHR. (2002). *Pretty v. the United Kingdom*, Application no. 2346/02, 29 July 2002.

ECtHR. (2011). *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09, 21 January 2011.

ECtHR. (2014). *Tarakhel v. Switzerland*, Application no. 29217/12, 04 November 2014.

Literature

Battjes, H. (2006). *European Asylum Law and International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Boeles, P., den Heijer, M., Lodder, G. & Wouters, K. (2014). *European Migration Law*. 2nd edition. Cambridge: Intersentia.

Hailbronner, K. (2000). *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*. The Hague: Kluwer Law International.

Mole, N. and Meredith, C. (2010). *Asylum and the European Convention on Human Rights*. Human rights files, No. 9. Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Morano-Foadi, S. (2015). *Migration and Human Rights: The European Approach*. In Morano-Foadi, S. and Vickers L. (eds), *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, p. 115-137. Oxford: Hart Publishing.

Nathwani, N. (2003). *Rethinking Refugee Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Articles

Bossuyt, M. (2012). The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court. *European Constitutional Law Review*, Vol. 8 (issue 2), p. 203-245.

Lenart, J. (2012). 'Fortress Europe': Compliance of the Dublin II Regulation with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Merkourios: Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 28 (issue 75), p. 04-19.

Moreno-Lax, V. (2012). Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece. *European Journal of Migration and Law*, Vol. 14, p. 1-31.

Nollkaemper, A. (2013). European Asylum Policy: Oscillating Between Shared and Individual Responsibility. *American Society of International Law*, Vol. 107, p. 361-364.

Wierich, A. (2011). Solving Problems Where They Are Made? The European Neighbourhood Policy and Its Effects on the Context of Other Migration-Related Policies of the European Union. *Perspectives on European Politics and Society*, Vol. 12 (issue 3), p. 225-241.

Electronic Resources

Peers, S. (2012). Statewatch Analysis. The revised 'Dublin' rules on responsibility for asylum-seekers: The Council's failure to fix a broken system. Retrieved 26 March 2016, from <http://www.statewatch.org/analyses/no-173-dublin-III.pdf>.

UNHCR (2015). Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean. Retrieved 15 March 2016, from <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.

Zimmermann, N. (2014). Tarakhel v. Switzerland: Another Step in a Quiet (R)evolution? Retrieved 26 March 2016, from www.strasbourgobservers.com (Archives December 2014).

Others

AIDA. (2015 A). What's in a name? The reality of First "Reception" at Evros. AIDA Fact-Finding Visit in Greece. Retrieved 13 March 2016, from <http://www.ecre.org/component/downloads/downloads/992.html>.

AIDA. (2015 B). Country Report: Italy. Retrieved 13 March 2016, from <http://www.asylumineurope.org/reports/country/italy>.

ECRE. (2008). Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered. Retrieved 17 March 2016, from <http://www.refworld.org/docid/47f1edc92.html>.

ECRE. (2013). Dublin II Regulation. Lives on hold. European Comparative Report – Executive Summary. Retrieved 12 March 2016, from <http://www.refworld.org/docid/513ef9632.html>.

ECRE. (2015 A). Common asylum system at a turning point: Refugees caught in Europe's solidarity crisis. Annual Report 2014/2015: Aida, Asylum Information Database, Brussels. Retrieved 14 March 2016, from <http://www.ecre.org/> (Media Weekly Bulletin ECRE Weekly Bulletin 11 September 2015).

ECRE. (2015 B). Reception and Detention Conditions of applicants for international protection in light of the Charter of Fundamental Rights of the EU, Brussels.

ELENA. (2015). Information Note. Dublin transfers post-Tarakhel: Update on European case law and practice, Brussels.

Eurostat Statistics Explained (2016). Glossary: Asylum recognition rate. Retrieved 28 March 28 2016 from http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Asylum_recognition_rate.

THE STATE OF COMMERCIAL MEDIATION IN FINLAND

Anna-Maria Svinhufvud¹

Keywords:

Commercial Mediation, Alternative Dispute Resolution, Mediation Directive, Finnish Bar Association, Out-of-Court Mediation

ABSTRACT

Mediation in commercial disputes is minimal in Finland. Although there is an established regulatory framework for commercial mediation both in the European Union and at the Finnish national level, parties to a dispute appear to prefer other dispute resolution methods. This paper adopts a two-fold strategy to explore the possible reasons for this phenomenon. The first part outlines the current regulatory framework on commercial mediation and its implications on Finnish commercial mediation. The second part focuses on commercial mediation practise in Finland. This part looks into earlier studies regarding what methods of dispute resolution Finnish businesses and their external dispute resolution advocates tend to resort to. Also, interviews carried out with professionals of the Finnish commercial mediation sector and other experts in Finnish dispute resolution are used to map out some further reasons for the current state of commercial mediation in Finland. This examination produces three categories of reasons for the limited use of commercial mediation in Finland: the regulatory framework, the attitudes ingrained in corporate culture and reasons related to the organisation of commercial mediation.

1 Anna-Maria Svinhufvud is a Bachelor's student at Maastricht University in the European Law School. Originally from Finland, she spent an exchange year in at the University of Helsinki.

TABLE OF CONTENTS

1. Introduction
2. Mediation in Finland – Regulatory Framework
 - 2.1 Concept of Mediation
 - 2.2 European Union Legislation
 - 2.3 Finnish Organizations of Commercial Mediation
 - 2.3.1 The Finnish Bar Association
 - 2.3.2 The Finland Arbitration Institute
 - 2.3.3 RIL Sovittelu
 - 2.4 Finnish Legislation on Commercial Mediation
3. Commercial Mediation in Finnish Practise
 - 3.1 Mediation in Corporate Culture
 - 3.2 Premises of Case Study
 - 3.3 Question 1: To Mediate or Not To Mediate
 - 3.4 Question 2: Reasons For The Chosen Method of Dispute Resolution
 - 3.5 Organisation of Commercial Mediation in Finland
4. Conclusion

I. INTRODUCTION

*"Finland is a developing country when it comes to institutional commercial mediation."*¹

This paper seeks an explanation to the above-cited statement. At the moment, commercial disputes are resolved via mediation rather infrequently in Finland. Although there are established national institutions providing mediation services, Finnish legislation enabling mediation in court as well as European Union legislation on the matter, the parties appear to prefer arbitration or litigation when it comes to dispute resolution.

To map the current state of mediation in Finland and the reasons for that, this paper first outlines the regulatory and institutional framework of mediation in Finland and then moves on to studies on alternative dispute resolution (ADR) in Finnish companies. To deepen the understanding of the topic, I carried out a restricted qualitative study on the attitudes of Finnish advocates on mediation². All lawyers who participated in the study are members of the Finnish Bar Association (FBA). In the study, the lawyers were asked to read a fictitious dispute case, suggest a method of resolution and give explanation for the chosen method. Due to the method of the study, the study does not give extensive information on the attitudes of Finnish lawyers in general nor can conclusions be drawn on this basis. However, the study does provide an insight into the potential reasons of for the limited use of commercial mediation in Finland. The conversations with the representatives of the institutes providing commercial mediation, a former president of the Helsinki Court of Appeal and some members of the academia³ have produced more potential explanations. The study may also serve as grounds for further studies in the field.

The use of mediation seems to have permanently embarked in Finland in many fields. The Act on Conciliation in Criminal and Certain Civil Cases (1015/2005) establishes a national conciliation office practise, where certain civil and criminal matters can be settled for free with the assistance of voluntary mediators.⁴ The Act on Mediation in Labour Disputes (42/1962) regulates the settlement of disputes arising from collective agreement negotiations.⁵ The Finnish court mediation of civil disputes is growing increasingly popular in family matters.⁶ In addition to this, there are multiple initiatives concerning mediation of disputes in the context of school-related matters or in multicultural disputes.⁷ Yet, when it comes to mediation of commercial disputes, which can be broadly interpreted 'as conflicts arising from any relationship with commercial

1 Koulou 2006, p. 30, see also Hietanen-Kunwald 2013, p. 76.

2 I would like to express my gratitude to all the advocates who kindly responded to the survey and consequently made the writing of this paper possible.

3 I would like to thank everyone, who warmly welcomed me to have a discussion with them and invested their time into this paper. The discussions contributed vitally to the argumentation of this article.

4 Ervasti and Nylund 2014, p. 506.

5 Ibid., p. 407.

6 Ervasti and Salminen 2015, p. 602--603.

7 Ervasti and Nylund 2014, p. 388 and 390.

nature contractual or not⁸, Finland does not play the leading role. It has been argued that Finnish businesses resolve their disputes mainly in arbitration and in litigation.⁹

The definition of 'a commercial dispute' is not straight-forward and has various dimensions. In this paper the focus is on business-to-business (B2B) disputes, since this paper focuses on the commercial users of mediation. It must be noted, however, that the scope of the businesses under scrutiny might fluctuate given the available sources. For instance, the studies used when discussing the Finnish companies' dispute resolution behavior in this paper represent the largest companies' positions¹⁰. However, the majority of the Finnish businesses are small and medium-sized enterprises (SME)¹¹. The number of genuinely commercial disputes within the meaning of this paper in court mediation is difficult to establish from the statistics, since there is not more detailed information available on the parties to each case. Moreover, there is not an extensive record on all institutional mediation and ad hoc mediations are not reported. Nor is there is neither sufficient information on the total number of out-of-court commercial mediation in Finland.

The organisation of commercial mediation in Finland has developed to some extent; there is state established mediation, private institutions providing their services and ad hoc mediation. Yet, the use of commercial mediation is not remarkable. The total number of commercial mediations in Finland in a certain year cannot be estimated given the challenges to define 'commercial disputes'. However, the absolute majority of court mediation tackles family matters.¹² In the light of the supranational eagerness to promote commercial mediation and the established use of mediation in certain fields of dispute in Finland, one cannot but wonder the reasons for the implied lack of commercial mediation. Although Koulu only refers to institutional commercial mediation¹³, this paper addresses both court and out-of-court mediation.

Based on the earlier studies and the interviews with seven professionals in Finnish dispute resolution, I have distinguished three sub-categories of reasons which might explain the phenomenon under scrutiny. It is highly likely that there are additional explanations for the limited use of commercial mediation in Finland. The reasons identified within the limits of this paper are the regulatory framework, the attitudes ingrained in corporate culture and reasons related to the organisations of commercial mediation. Each category will be discussed in an individual chapter.

8 UNCITRAL 2002, Article 1 (1), the definition was used in Koulu 2006, p. 56.

9 Autio 2014, p. 192, Roschier 2014, p. 12.

10 Autio 2014, p. 55, Roschier 2014, p. 4.

11 The Federation of Finnish Enterprises Webpage.

12 Ervasti and Salminen 2015, p. 602--603.

13 Chapter 1, p.3; Koulu 2006, p. 30.

2. MEDIATION IN FINLAND – REGULATORY FRAMEWORK

2.1 Concept of Mediation

Before going any further, it is pertinent to attempt to define the concept of mediation. The difficulties encountered when defining mediation later become relevant when identifying some of the reasons for the limited use of mediation.

The key element of mediation is the third party who tries to assist the parties in a conflict.¹⁴ From this point on, there are various different models and approaches to mediation. On a theoretical level there may be distinguished at least three mediation models: the facilitative, the evaluative and the transformative model. In the facilitative model, the mediator facilitates the environment for a settlement¹⁵. An evaluative mediator may actively evaluate the parties' positions and give settlement proposals as well as evaluate the possible court outcome of the dispute.¹⁶ The transformative model focuses on the parties and aims at empowering their communication¹⁷. In each type of mediation, or in a hybrid version, the role of the mediator and that of the parties in dispute vary.¹⁸

Also, the European Union legislation sets certain definitions for cross-border mediation in the Mediation Directive¹⁹ but some discretionary powers are left for the national legislators.²⁰ Still, at the Finnish national level there is not a single definition for commercial mediation but the definition depends on the chosen set of mediation rules.²¹ For instance, when it comes to court mediation and the mediation rules by the Finnish Bar Association, the role of the mediator has been argued to be almost identical and the rules to represent the facilitative model²², whereas the conciliation rules of the Finnish Association of Civil Engineers ("RIL") could be more evaluative of by their nature²³.

One must orientate navigate in a conceptual jungle to understand the currently existing regulatory dimensions of commercial mediation. In Finland, mediation of commercial disputes occurs 'privately' and in official judicial bodies. Koulou uses the term 'private mediation' to describe mediation organised by independent institutions where the mediation is not subject to regulation

14 Carr 2014, p. 610.

15 Ervasti and Nylund 2014, p. 146.

16 Ibid., p. 155--156.

17 Ibid., p. 162--163.

18 Ervasti and Nylund 2014, p. 139.

19 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

20 Hietanen-Kunwald 2013, p. 81.

21 Ibid., p. 86.

22 Ervasti and Nylund 2014, p. 407.

23 Interview with Petra Hietanen-Kunwald 2015.

by the state²⁴. This may be called also ‘institutional mediation’.²⁵ Court mediation, for its part, is carried out by official judicial bodies.

The rest of this chapter briefly explains the Finnish regulatory framework on commercial mediation before examining the regulatory reasons affecting the limited use of commercial mediation addressed in the discussions. The regulation governing commercial mediation is reviewed to help the reader to understand the pitfalls of the current regulatory framework. I will first outline the relevant EU legislation, then introduce the independent institutions and their mediation rules, and conclude with the national legislation and court mediation.

2.2 European Union Legislation

The European Union (EU) has set the stage for the use of commercial mediation in Europe by adopting a two-fold strategy in the governance of alternative dispute resolution (ADR) in civil matters.²⁶ First, self-regulation has been encouraged by creating the European Code of Conduct for Mediators in 2004, which is a non-binding soft law instrument setting model principles to guide the European mediators in their work. Secondly, the Mediation Directive was enacted in 2008²⁷. The measure facilitates the access to justice within the EU, which is a fundamental principle in securing the free movement of persons in the internal market.²⁸ The Directive’s aim is to set the mediation of cross-border cases on equal footing with purely domestic disputes. This attempts to facilitate the use of mediation in cross-border cases²⁹.

The Mediation Directive has been in force for eight years now and the elements introduced in the instrument have met some criticism. A study conducted by the European Parliament to assess the impacts of the implementation of the Mediation Directive identifies the ‘mediation paradox’.³⁰ This entails that despite the numerous proven benefits of mediation as a dispute resolution method and the Mediation Directive implemented to promote and facilitate mediation throughout the EU, the statistics suggest that, de facto, mediation still plays a minor role in the field of civil and commercial dispute resolution.³¹

24 Koulou 2006, p. 3.

25 Ibid.

26 Koulou 2006, p. 129, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial law, p. 27.

27 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

28 Ibid., Recital (2).

29 Association for International Arbitration 2008, p. 13.

30 European Parliament Directorate General for Internal Policies 2014, p. 1.

31 Ibid., p. 162.

2.3 Finnish Organizations of Commercial Mediation

2.3.1 The Finnish Bar Association

The Finnish Bar Association (FBA) has been the major developer of institutional commercial mediation in Finland³². In 1998, the association created its mediation rules under the influence of the facilitative mediation model used by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in London³³. Koulu argues that the FBA mediation model can arguably also represent the evaluative model since the mediator may give recommendations upon the parties' request.³⁴ The Mediation Board of the FBA can appoint FBA's members as mediators, or the parties to the dispute can directly ask an advocate to be their mediator (ad hoc mediation).³⁵ The FBA does not hold a record of the appointments of the mediators. A rough estimate is that since 1998 the FBA's Mediation Board has been involved in approximately some 20--30 mediations.³⁶ It is impossible to estimate the number of ad hoc mediations where the FBA Mediation rules are applied, since the mediators are not obliged to inform the FBA on their mediation cases.³⁷ However, there are statistics on the mediation training provided by the FBA. The FBA only educates its members on mediation. Approximately one third (700) of the FBA's members have participated in a one-day lecture-based training session and some 400 members have participated in a further two-days long advanced course on mediation including simulations and practical training.³⁸ Considering that there are approximately 2 000 members in the Finnish Bar Association, only a fifth of the Finnish advocates have participated in the more advanced training.³⁹

2.3.2 The Finland Arbitration Institute

The Finland Chamber of Commerce (FCC) and, more precisely, the Finland Arbitration Institute (FAI)⁴⁰ has appointed conciliators since 2004.⁴¹ Since 2004, there have been two appointments.⁴² The FCC launched their Mediation Rules on 1 June 2016.⁴³ The Mediation Rules are based on the facilitative mediation model, and the founding elements are the

32 Esplugues and Marquis 2015, p. 276.

33 Interview with Antti Heikinheimo 2015.

34 Koulu 2006, p. 33.

35 Article 3 of the Finnish Bar Association's Mediation Rules.

36 Interview with Antti Heikinheimo 2015.

37 Esplugues and Marquis 2015, p. 277.

38 Ervasti and Nylund 2014, p. 407.

39 Interview with Antti Heikinheimo 2015, The Finnish Bar Association's webpage.

40 The Finland Arbitration Institute is the short form of the official name "The Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce". FAI operates in connection with the Finland Chamber of Commerce but it carries out its functions independently of the Finland Chamber of Commerce.

41 The Finnish Ministry of Justice 2010, p. 26.

42 The Finland Arbitration Institute Statistics 2015.

43 FAI News 2016.

voluntariness and confidentiality of mediation. The Mediation Rules grant the parties and the mediators great flexibility to tailor the mediation process as they see fit.⁴⁴

2.3.3 RIL Sovittelu

RIL Sovittelu (English: Conciliation) is a company established by the Finnish Association of Civil Engineers (RIL), providing dispute resolution and risk management services in construction projects. Its mediation, or to use in the terms of the institute's terms, conciliation services have been provided since the 1980s⁴⁵. RIL Sovittelu has recently created both facilitative and evaluative mediation rules.⁴⁶ The preferred form of mediation is the facilitative model.⁴⁷ Since the 1980s, RIL Sovittelu has considered roughly 60 cases, most of which have been mediated in a facilitative manner.⁴⁸ The settlement rate is high: in the past 15 years only two mediations (out of 40 in total) have not resulted in a settlement.⁴⁹

2.4 FINNISH LEGISLATION ON COMMERCIAL MEDIATION

With respect to legislation governing commercial mediation, three acts should be addressed. Firstly, the fifth chapter of the Code of Judicial Procedure (4/1734) enacted in 1991 introduced a mandatory tool for the judges to encourage the parties into a settlement in cases amenable to settlement.⁵⁰ The settlement can be a result of a judge-made proposal, but the parties can also reach a settlement through negotiations or in ad hoc mediation. Therefore, this way to reach a settlement does not necessarily have the features of mediation, and it has been argued that such settlements should be kept apart from the framework of commercial mediation.⁵¹ It is, however, possible that many associate the encouragement of settlements in civil process to court mediation for linguistic reasons which are more elaborately discussed in the chapter explaining the organisational reasons⁵².

An interesting proposal was put forward in the discussions: the popularity of the settlements during the civil litigation arguably affects the number of disputes left for the mediation proper.⁵³ In 2015, approximately 353 500 civil cases were decided. To provide a breakdown of the figure, around 10 500 of the civil cases became pending by virtue of an extensive application for summons⁵⁴, whereas the majority of the cases (343 990) concerned e.g. simple undisputed

44 Interview with Heidi Merikalla-Teir 2016.

45 Interview with Helena Soimakallio 2015.

46 RIL Conciliation Webpage.

47 Interview with Helena Soimakallio 2015.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Section 19 and 26 of the fifth chapter (1052/1991) of the Code of Judicial Procedure 4/1734.

51 Ervasti and Nylund 2014, p. 400--401.

52 See Chapter 4.

53 Interview with Lauri Melander 2016.

54 In Finnish "laaja haastehakemus".

debt and were initiated by a more limited application for summons⁵⁵. Of the 10 500 cases initiated by an extensive application for summons, 34 per cent were settled in accordance with the fifth chapter of the Code of Judicial Procedure, 32 per cent were decided by a district court and the remaining cases were either decided by a default judgement, left unexamined or set aside for other reason. Yet, when compared the number of settlements is compared to the total amount of civil cases in that year, the proportion of settlements is not that remarkable. It should be noted, however, that the majority of cases initiated with a more limited application for summons are often decided in a judgment by default when the action has not been opposed by the defendant. Such cases tend to concern debt collection where the settlement is not desired by either of the parties because the case has been initiated for enforcement purposes. In Sweden, for instance, such cases are managed by the enforcement authorities.⁵⁶ The settlement tool under the Code of Judicial Procedure is to be sharply distinguished from court mediation. Court mediation is a separate voluntary process, when again the encouragement of settlement in cases amenable to settlement is an obligatory part of the Finnish civil procedure.

Court mediation is regulated under the Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts (394/2011) (the Mediation Act). The Finnish court mediation is a process conducted by a judge in the court where the matter is pending.⁵⁷ Pursuant to the Mediation Act, the mediation process poses primarily a facilitative role for the mediator, although the mediator is allowed to propose an amicable solution if the parties so wish.⁵⁸ The court mediation resembles greatly the Mediation Rules of the Finnish Bar Association⁵⁹, and consequently represents the classical model of facilitative mediation also used by the Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR). In 2014, there were 1219 court-annexed mediations, which is 15 per cent of all the civil disputes brought before the Finnish general courts.⁶⁰ As mentioned above, the majority of the cases handled in court mediation concerned family law (775).⁶¹ Similarly, employment disputes (55) and inheritance disputes (11)⁶² are not commercial disputes and should be excluded, when estimating the number of court-annexed mediations with a commercial nature in 2014. The remaining 378 cases may include disputes of commercial nature but a precise number is impossible to establish without further information on the disputes.

The Mediation Act also implements the major harmonisation measures of the Mediation Directive: the enforceability of mediation settlement agreements, the preservation of mediation's confidentiality in other proceedings, and the suspension of limitation and prescription periods

55 In Finnish "suppea haastehakemus".

56 Interview with Lauri Melander 2016.

57 Section 5 (1) of the second chapter of the Court Mediation Act 394/2011.

58 Section 7 of the second chapter of the Court Mediation Act 394/2011, Ervasti and Nylund 2014, p. 398.

59 Ervasti and Nylund 2014, p. 407.

60 Ervasti and Salminen 2015, p. 603.

61 *Ibid.*, p. 602--603.

62 *Ibid.*, p. 606.

during mediation.⁶³ When it comes to the enforceability of mediation settlements, the Finnish Mediation Act has adopted broader scope than that of the Directive, as also domestic out-of-court settlements are enforceable under certain criteria. Hence only the foreign settlement agreements without a cross-border element are excluded from the scope.⁶⁴

The Mediation Act has been criticised for the vagueness of the enforceability criteria. The Act sets out the following criteria for the confirmation of an out-of-court mediation settlement. The settlement must be the result of a 'structured process'. The process should be based on an agreement, rules or similar an arrangement⁶⁵. The parties should voluntarily and on their own initiative seek the settlement.⁶⁶ This means to exclude mediation where the mediator gives expert opinions or recommendations for settlement. The act therefore suggests that the parties should use a facilitative model in the mediation⁶⁷. Finally, there must be a trained mediator who assists the process.⁶⁸ The confirmation is processed in writing and certain formalities (the parties' names, the subject matter of the dispute, the contents of the settlement, and the name of the mediator) are required in the content of the settlement.⁶⁹

The scope of the Mediation Act is not clear, since it does not establish what kind of mediation is deemed sufficiently facilitative.⁷⁰ The required role of the mediator might exclude the evaluative mediation carried out by the RIL Sovittelu⁷¹. The legislator does not tell whether the assessment of the process is done ex ante or ex post.⁷² In practise, this might lead the parties to a frustrating situation, where non-binding suggestions by the mediator exclude the parties from enjoying the Mediation Act's benefits.⁷³ It has been argued that the attractiveness of mediation might suffer, since one cannot be certain whether the settlement can be enforced⁷⁴. Also, in the experience of the RIL Sovittelu's CEO, the institute's mediation services mainly attract claims under the threshold of EUR 5.000.000. The parties often want to have an enforceable decision for disputes concerning larger sums.⁷⁵

Counterarguments exist though. It has been pointed out that the confirmation of a settlement is not necessarily an important factor in the choice of mediation, since the idea of the very dispute resolution method is to voluntarily find an option that serves both parties' interests. If such option

63 Articles 6, 7 and 8 of the European Directive 2008/52/EC.

64 European Parliament Directorate General for Internal Policies 2014, p. 87.

65 Section 18 (1) of the third chapter of the Court Mediation Act 394/2011.

66 Ibid.

67 Ibid., Proposal by the Finnish Government 284/ 2010, p. 25.

68 Chapter 3, S 18; Government Proposal 284/2010, p.25, European Parliament Directorate General for Internal Policies 2014, p. 88.

69 Sections 19 and 20 of the third chapter of the Court Mediation Act 394/2011.

70 Hietanen-Kunwald 2013, p. 88.

71 Interview with Petra Hietanen-Kunwald 2015.

72 Hietanen-Kunwald 2013, p. 88.

73 Interview with Petra Hietanen-Kunwald 2015.

74 Ibid.

75 Interview with Helena Soimakallio 2015.

is found, there should not be a need for the confirmation⁷⁶. The parties have indeed voluntarily accepted the settlement. Additionally, if the parties wish to confirm their settlement regardless of the arguable non-necessity, the FCC Mediation Rules provide that the parties may, subject to the consent of the mediator, agree to appoint the mediator as an arbitrator and request him or her to confirm the settlement agreement in an arbitral award.⁷⁷ Since mediation is so flexible a process, there are alternatives to the confirmation process. This is not to say that the narrow scope of the confirmation of out-of-court settlements before general courts might still nourish the negative attitude towards mediation.

Finally, criminal matters and certain civil matters can be subject to mediation pursuant to the Act on Conciliation in Criminal and Certain Civil Case (1015/2005). The mediation is organised in national conciliation office practise under the guidance of voluntary mediators.⁷⁸ The scope of the application in civil matters is, however, very limited, since at least one of the parties to the civil dispute must be a natural person. Additionally, the dispute ought to be of minor nature, taking into account the subject and the claims put forward in the dispute.⁷⁹

All in all, when it comes to the Finnish regulatory framework concerning commercial disputes, it may be concluded that the use of commercial mediation is limited. As for now, there are only a relatively small number of commercial mediation cases annually. In contrast, the legal framework has, in increasing number of cases, managed to attract parties to use mediation e.g. in family disputes or in certain criminal matters. It was established that the encouragement to settle under the Code of Judicial Procedure and the limited enforceability of the out-of-court settlements might explain the limited use of commercial mediation. In the discussions carried out with the relevant stakeholders it has become apparent, however, that the reasons for this do not exclusively lie in the regulatory framework. It seems that the parties resorting to commercial mediation and the organisation of the dispute resolution method in Finland might provide further explanations for the limited use. The next chapter will focus on the potential users of commercial mediation.

3. COMMERCIAL MEDIATION IN FINNISH PRACTISE

3.1 Mediation in Corporate Culture

This paper started by introducing the mediation paradox: despite the benefits globally associated to mediation, the Mediation Directive has not significantly increased the number of commercial mediations. To understand the reasons for the mediation paradox in the Finnish context, it is

76 Ervasti and Nylund 2014, p. 400.

77 Interview with Heidi Merikalla-Teir 2016.

78 Ervasti and Nylund 2014, p. 506.

79 Ervasti and Nylund 2014, p. 504.

beneficial to dismount to the actual users of commercial mediation: the Finnish businesses and their advocates. Two recent empirical studies⁸⁰ on the Finnish businesses' motives and behaviour in dispute resolution are useful for this purpose. The studies conclude that the most preferred dispute resolution method is arbitration, leaving litigation as the second best alternative.⁸¹

Most interesting finding from the corporate governance point of view are the dispute management policies and techniques used amongst the Finnish companies. 27 per cent of the Finnish companies had written policies on the appropriate dispute resolution methods.⁸² Additionally, 76 per cent of the Finnish companies draft model dispute resolution clauses. Also, a systematic review of the contractual dispute resolution clauses was conducted by 61 per cent of the companies. Yet, only 8 per cent of all the responding Nordic companies had recently made changes to the handling of disputes. Also, only 10 per cent of total respondents considered changes in the near future.⁸³

As the statistics show, the preferred dispute resolution method was arbitration. We can therefore assume that the dispute management policies and techniques by the companies mostly support the use of arbitration, which is the preferred dispute resolution method amongst most companies. Since only small changes or revision concerning the dispute resolution management has occurred or has been planned, the limited use of mediation is understandable. One could come to a conclusion that the corporate culture does not favour the use of mediation.

In the discussions with professionals of commercial mediation and some experts of Finnish dispute resolution I identified some support for premise of the anti-mediation attitude amongst the Finnish companies. The CEO of RIL Sovittelu pointed out that mediation is rarely included in the Finnish contract terms.⁸⁴ The conversations provided for more explanation as to the reasons why the Finnish companies seem to prefer other dispute resolution methods to mediation. Lauri Melander, the former President of the Helsinki Court of Appeal, brought an interesting angle to the discussion. Acting frequently as an arbitrator, Melander has sensed that the business executives rather prefer to 'externalise' the dispute resolution to an arbitrator, instead of putting themselves in the line. The executives might be afraid of losing a good business relationship if they gave their faces to the dispute.⁸⁵

Finnish corporations seem to use arbitration and traditional litigation instead of mediation. Such dispute resolution policy is firmly 'locked' in the Finnish corporate culture, since few companies

80 Roschier 2014, Autio 2014.

81 Roschier 2014, p. 7.

82 Ibid., p. 15.

83 Ibid., p. 16

84 Interview with Helena Soimakallio 2015.

85 Interview with Lauri Melander 2016.

have changed or are planning on changing the model. Since dispute resolution clauses are contractual clauses, both of the contracting corporations should be willing to include mediation in the dispute resolution clauses. Given the dominant preference for arbitration and litigation, it might take some time before more Finnish companies start considering the use of mediation.

3.2 Premises of Case Study

As stated above, the Finnish businesses seem to favour other dispute resolution methods to mediation. But what is the role of the companies' advocates in this respect? The novelty of this paper is the attempt to define the Finnish advocates' attitudes towards and knowledge of mediation and to evaluate whether that can influence the use of commercial mediation in Finland. Since there already are data on the businesses, this paper wishes to add to the discussion a new angle by looking into the external dispute resolution advocates.

The scope of the advocates is narrowed down to the members of the Finnish Bar Association, who have experience in commercial dispute resolution and who work in a law firm in Helsinki, the capital of Finland. A search engine on the FBA's webpage was used to limit the search results with three filters (Advocates providing legal service for corporate clients; Advocates with the expertise in dispute settlement; Advocates in Helsinki) to find interviewees fulfilling the criteria⁸⁶. By the concept of 'knowledge' the paper means to refer to the advocates' decision to use or not to use mediation in a fictional mediation bias case and their understanding of the benefits of the mediation in relevant cases. 100 advocates representing the selected scope were randomly picked and asked to participate in the case study. The selected advocates were sent an email, where they were invited to participate in a study on the commercial dispute resolution culture of Finland. The focus of the study was concealed, since the author did not want to lead the interviewees to any particular answer. Altogether 18 answers were received.

The knowledge is tested by a case study. As a basis for this study, I have used a competition case written by Rosemary Jackson for the preliminary rounds of the International Chamber of Commerce's (ICC) International Commercial Mediation Competition in 2014.⁸⁷ The ICC is an institute of commercial mediations on cross-border disputes.⁸⁸ The institute has educated and developed ADR rules since its establishment in 1919.⁸⁹ Relying on the years of expertise, which total to almost 100, it is arguable that the case chosen by the ICC authorities to their Mediation Competition realistically reflects the world of commercial mediation, and is therefore suitable for testing the Finnish lawyers' knowledge on mediation. The case concerns a construction dispute between a fictional state and a company: the capital of Bellevania, Belletown, and a construction company Urban Contractors in neighbouring Urbania.

86 The Finnish Bar Association's advocate search engine.

87 Bond and Wall 2015, p. 116.

88 Bond and Wall 2015, p. 5.

89 Ibid.

The case was translated into Finnish to help the Finnish advocates to associate the case to the Finnish context. First, the knowledge of the benefits of mediation is measured by asking the advocates to read the mediation bias case and to decide upon the case facts which dispute resolution method best suits the conflicts of the case. Given that the case is particularly designed for mediation, the facts of the case are likely to lead a reader trained on mediation to a conclusion finding mediation as the most suitable dispute resolution method. Second, the advocates are asked to state the reasons that made them choose the very dispute resolution method they chose. The second question seeks to recognize the reasons that affect the advocates' willingness to recommend a particular dispute resolution method.

Given the very limited number of answers, which is typical in empirical research, the results of the case study are not statistically reliable.⁹⁰ Therefore, the results acquired in the case study can only be used for the background of this paper. Additionally, the chosen scope for the Finnish advocates carries problems. As was mentioned earlier in this paper, only a third of the Finnish advocates have received mediation education by the Finnish Bar Association. Proportionally, the majority of such advocates work in Helsinki.⁹¹ The advocates chosen for the case study were narrowed down to the advocates in the law firms of Helsinki, which quite likely distorts the results, since the mediation educated advocates might be overly represented. Another critical comment concerns the advocates who answered to the case study. In the contacting process the webpages of the law firms were used to search the relevant contact information of the chosen advocates. Often when the advocate consented to participate in the case study the author noticed that she or he had mentioned some experience in mediation or arbitration in her/his biography. Thereby, there is a risk that the majority of the participants are ADR-orientated, which again might distort the research results. Still, it is interesting to notice certain tendencies that are in line with ideas presented elsewhere in this paper.

3.3 Question 1: To Mediate or Not To Mediate

The first question concerned the dispute resolution method suitable for the imaginary case. The following pie chart presents the various dispute resolution methods mentioned in the answers to the first question. Many interviewees considered negotiation as the primary method for the example case. Yet, according to the case facts 'the parties have been unable to agree on the terms on which to continue the project or on which to abandon it'. Therefore, one could assume that negotiations in such a situation would not be productive anymore. For that reason, it is interesting to compare the answers after excluding the negotiation suggestions and base the comparison in such cases on the secondary suggestions. The Chart 1 presents the answers excluding negotiations.

90 Barlett, Kotrlik and Higgins 2001, p. 48.

91 The List of mediators on the FBA's webpage.

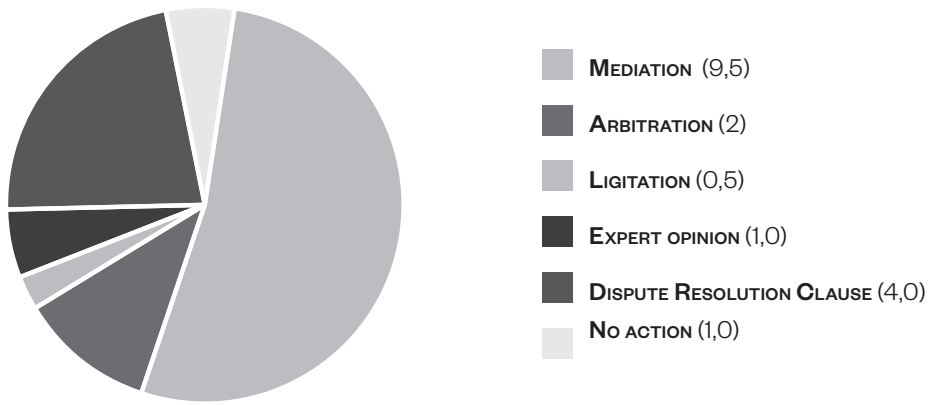


Chart 1: Primary Dispute Resolution Method Suggested Excluding Negotiations. Presents the number of respondents.

The results show that the absolute majority of the advocates who responded to this survey are generally aware of mediation and would recommend it in situations that have several mediation-friendly elements. This, which indicates that they have a certain level of knowledge ofn mediation. Some respondents recommendedalternatively two alternatives for dispute resolution methods. In such cases boththe pie chart sections representing the two alternatives were increased bywith 0.5. One respondent specifically mentioned the ICC mediation as a suitable process. Excluding the one reference to ICC mediation, the respondents did not specify whether they would recommend institutional, court-annexed or ad hoc mediation. Looking at the definitions used by the respondents, three types of mediation definitions can be distinguished. Only one respondent specified that ‘facilitative mediation’ should be the mediation model. The majority referred to ‘mediation’ or to ‘mediate the matter’ without defining more particularly which mediation model would be used.⁹² Four respondents mentioned that an external third party should lead the ‘mediation’. One of the four previous respondents clarified that such a third party should know the construction law well.

The author acknowledges that the arguably vague references to mediation could be due to the fact that the study was based on an imaginary case. The author mentioned in the email sent to the respondents that the study concerned the commercial dispute resolution culture of Finland. Yet the online questionnaire format did not include references to the Finnish context but only talked about the imaginary case facts. Consequently, the lawyers might have struggled with associating the fictional world to the available dispute resolution methods of Finland. To get more specific answers, it would have been beneficial to emphasise more clearly the objectives of the study, and ask the respondents to imagine that the case had happened in Finland.

92 In Finnish the following terms were used: sovintomenettely; sovittelumenettely, sovittella asia.

Also arbitration, litigation, expert opinions, and the reference to the dispute resolution clause were mentioned as suitable dispute resolution methods. The case facts were silent on the existence of a dispute resolution clause between the parties. The attention to such clauses by the advocates is, however, very much in line with the fact that many companies seem to favour the use of business resolution clauses.

3.4 Question 2: Reasons For The Chosen Method of Dispute Resolution

The second question posed in the survey was to investigate the reasons that affected the respondent's choice of the certain dispute resolution method. The questions aim to identify the motives behind the lawyer's choice for recommending certain dispute resolution methods to the client. Three groups of reasons affecting the respondent's decision were identified: reasons related to the nature of the dispute; reasons related to the chosen dispute resolution method, and other reasons. The two first categories consisted of commonly accepted benefits of Mediation and Arbitration: the parties' joint interest; high monetary interest; the complexity of the dispute; the type of the dispute; the disputed matter open to interpretation (the nature of the dispute); rapidness; no appeal; expertise available; non-publicity; flexibility; confidentiality (dispute resolution method).⁹³ The reasons related to the nature of the dispute and the dispute resolution method are not so interesting because they are not special reasons applying to the Finnish context, but internationally acknowledged reasons. Thus, more interesting reasons in the light of this paper were the other reasons.

Four respondents mentioned the contractual agreements, such as a dispute resolution clause, as decisive for their choice. This was noted already when going through the answers for the first question. One could assume that in real life also other respondents would take their client's dispute-related contractual agreements into account, but since the case facts were silent on such clauses, the other respondents have probably assumed its non-existence. The role of the dispute resolution clauses in determining the dispute resolution method seems to be decisive.

Another thing somewhat related to the previous comment is the 'client's will' that two respondents mentioned as being a factor affecting the recommendation. This might sound obvious, since of course the lawyer will not force the client but merely advise him or her. Yet, the fact that in one respondent's view the starting point is to define the client's expectations for the dispute resolution, is an indication of where the incentive for a certain dispute resolution method comes from: the businesses. In another respondent's experience the Finnish businesses are perhaps not so fond of mediation, because they sometimes associate mediation with negotiations and do not see the added value of such 'pro-longed negotiations'. The CEOs hesitate to propose a dispute resolution method, that which is too similar to negotiations, to the board of directors, when they can suggest arbitration. In arbitration

93 Carr 2014, p. 587--590 and p. 610--624, Liebmann 2011, p. 180--182.

the neutral arbitrator concludes the dispute and the CEOs do not have to participate in the formation of the outcome.⁹⁴

It is dangerous to draw any straight-forward conclusions given the limited and problematic scope of the case study. Bearing in mind the business behaviour studies discussed earlier and the comments learned in the discussions with the stakeholders, we could still take something out of the case study. It seems that sometimes the dispute resolution clauses prevent the lawyers from recommending mediation. It is also possible that the business clients do not appreciate mediation as a dispute resolution method, although the lawyer would see its benefits.

3.5 Organisation of Commercial Mediation in Finland

The last group of explanations for the lack of commercial mediation identified in the discussions with the relevant stakeholders could be placed under the heading 'organisational reasons'. In this paper, the concept covers both education, the mediation society, and the Finnish language. To start with the education, Education on commercial mediation is quite limited in Finland. The training in commercial mediations is only provided for the members of the FBA and for the judges.⁹⁵ Since only thirty-five per cent of the Finnish advocates have participated in basic mediation training by the FBA, and only twenty per cent of the advocates have chosen to advance their knowledge in a more extensive training provided by the institute, it has been argued that it is not very likely that both parties to a dispute would be represented by an advocate who is well aware of mediation's benefits⁹⁶. This has potential to affect the choice for of the dispute resolution method. The limited educational possibilities in commercial mediation in Finland have potentially an effect on the business culture, too. Since the business lawyers cannot easily get education on commercial mediation, it is understandable that the use of mediation remains low.

It has also been argued that the training of mediation could be increased at the university level.⁹⁷ As a matter of fact, there are four universities with a faculty or a department of law in Finland.⁹⁸ Judging by the mandatory courses provided at in the universities, at least the University of Helsinki, the University of Turku and the University of Eastern Finland list mediation as a learning goal in their course on civil procedure⁹⁹. When it comes to the optional studies, the University of Helsinki offers several courses solely devoted to for mediation or the alternative dispute

94 Interview with Tuomas Lehtinen 2015.

95 The Finnish Ministry of Justice 2010, p. 39.

96 Interview with Antti Heikinheimo 2015.

97 Interview with Antti Heikinheimo 2015.

98 The University of Helsinki; The University of Turku; The University of Lapland and the University of Eastern Finland.

99 Course Catalogue of the University of Helsinki, Faculty of Law, Course Catalogue of the University of Turku, Faculty of Law, Course Catalogue of the University of Eastern Finland, Department of Law.

resolution in general.¹⁰⁰ The University of Turku provides a track on mediation in the optional studies, and the students of the university have participated in the ICC's Commercial Mediation Competition.¹⁰¹ However, this is the situation now but when the corporate lawyers of today were students, the situation was different as mediation is quite a novel field. Mediation embarked in Finland in the 1980s¹⁰² and the FBA's mediation rules were only established in 1998, being the first set of mediation rules genuinely applicable to any kind of commercial mediation. First legislation on commercial mediation was enacted in Finland in 2006 when the Act on Court-Annexed Mediation (663/2005) came into force. This can potentially explain the limited use of mediation amongst the Finnish businesses.

The Finnish mediation society is not that active, either, and it is remarkably less present than the that of the arbitrators. Santtu Turunen, a researcher at the University of Helsinki, points this out by comparing the state of the Finnish arbitration society to the commercial mediators¹⁰³. There are no associations or events solely devoted to for the promotion of commercial mediation in Finland. Only the Finnish Forum for Mediation (FFM), promoting the entire mediation field, posts information on court mediation and mediation under the FBA rules on their webpage.¹⁰⁴ In comparison, at the moment there are three Finnish universities participating annually in the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, and the competition produces a number of active alumni, who possibly promote arbitration in real disputes.¹⁰⁵ The Finnish Arbitration Association (FAA) promotes the practise and recognition of Finnish Arbitration nationally and abroad, and the Young Arbitration Club Finland (YACF) promotes arbitration for legal professionals in various fields by actively organising events for its members¹⁰⁶. The Finland Arbitration Institute organises the Helsinki International Arbitration Day event and, other seminars, and as well as represents Finnish arbitration abroad.¹⁰⁷ Each association also provides information on their agenda in English on their webpages.¹⁰⁸

Finally, also the concept of mediation in Finnish is not unequivocal. There is more than one expression for mediation in commercial matters. As was mentioned in the chapter on the definition for mediation, in the Finnish context mediation can mean various types of dispute resolution with different methods. Two different expressions are used when referring to such mediation: 'sovittelu' and 'sovinto'. The Finnish Bar association, for instance, uses the latter for

100 Ibid.

101 Ibid.

102 Ervasti and Nylund 2014, p. 503.

103 Interview with Santtu Turunen 2015.

104 The Finnish Forum for Mediation Webpage.

105 Interview with Santtu Turunen 2015.

106 The Finnish Arbitration Association Webpage and Turunen 2015, The Young Arbitration Club Finland Webpage.

107 The Finland Arbitration Institute Webpage.

108 Ibid.

the institute's mediation rules, which are called *sovintomenettelysäännöt*. Court mediation applies the former term, and court mediation is called *tuomioistuinsovittelu*.

Another problem arises when one looks at the Finnish Code of Judicial Procedure, and more precisely the judges' obligatory tool to encourage the parties to settle the dispute if the dispute is amenable to settlement. In Finnish, the term 'sovinto' is applied here as well, although the settlement within the meaning of the Code of Judicial Procedure is very different from the court-annexed mediation. Similar vagueness/unclear surfaces in legal literature: the settlements by virtue of the Code of Judicial Procedure are sometimes addressed as 'sovittelu' in court¹⁰⁹.

The current use of terminology in the Finnish language can be confusing by not drawing clear distinctions between settlements in civil litigation and mediation in the meaning of this paper. This may be particularly difficult for parties of a dispute, who lack the legal training, and thereby are prone to rely on more familiar methods of dispute resolution. This leads them to neglect the newer possibilities, which they may not even be aware of.

4. CONCLUSION

The aim of this paper was to examine the possible reasons for the limited use of commercial mediation in Finland. In this process, I applied former studies, relevant legal literature and the interviews with stakeholders in Finnish commercial mediation. As a result, the paper outlines three categories of reasons to explain the current state of commercial mediation. Firstly, the regulatory framework may include aspects that do not attract parties to mediation. The Finnish civil procedure might confuse the potential users of mediation. Everyone does not necessarily acknowledge the added value of a facilitative mediation process. This might lead to the preference of the possibility to reach a settlement in civil procedure, without considering the surplus that mediation could bring about. Additionally, the limited availability of confirmation for out-of-court mediations might diminish the attractiveness of this dispute resolution method.

Secondly, a major reason for the limited use of mediation in commercial disputes seems to lie in the Finnish corporate culture. Although there is the opportunity/possibility for court mediation, as well as there are three institutions providing mediation services, the parties still tend to favour other dispute resolution methods. Thirdly, there are peculiarities in the organisation of commercial mediation that might explain to some extent the limited use of mediation in commercial disputes. It has been argued that there is a shortage of education, and that Finland does not have an active mediation society, which is something that exists in the Finnish arbitration sector. Also the equivocal Finnish terms referring to commercial mediation might play a minor role in this matter, too.

109 Turunen 2005, p. 24.

Finland is not the only EU Member State where commercial mediation has not been welcomed with a standing ovation -- the European Union suffers from the 'mediation paradox'. Yet, there is no reason to stop there and conclude that mediation is nothing for the Finnish commercial disputes. There are a small number of successful commercial mediations in Finland, which suggests the potential of the method. Also future measures taken by the European Union as well as the recently launched FCC Mediation Rules may contribute to the development of the Finnish mediation culture. As a response to the statement presented in the beginning of this paper: Finland may indeed be a developing country when it comes to institutional commercial mediation, but hopefully, it might finally start to develop further.

BIBLIOGRAPHY

LEGISLATION

EU Secondary Legislation

Mediation Directive 2008/52/EC

Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

Parliamentary Proceedings

Proposal by the Finnish Government 284/2010

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa sekä laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 23 §:n ja velan vanhentumisesta annetun lain 11 §:n muuttamisesta, HE 284/2010 vp, 3 December 2010.

REPORTS

European Parliament Directorate General for Internal Policies 2014

European Parliament Directorate General for Internal Policies; 'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU. 2014.

The Finnish Ministry of Justice 2010

The Finnish Ministry of Justice; Memorandums and Statements. Sovitteludirektiivin täytäntöönpano. OMML 36/2010, 2010.

Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial law 2002

COM (2002) 196 final, 19 April 2002.

Roschier 2014

Roschier, Attorneys Ltd.; Roschier Disputes Index 2014.2014.

MONOGRAPHTIES

Association for International Arbitration 2008

Association for International Arbitration (ed.); The New EU Directive on Mediation. First Insights. Maklu. AntwerpenAntwerpen: Maklu, 2008.

Autio 2014

Anna-Liisa Autio; Lainkäyttö yritysten riidanratkaisussa [The Dispute Resolution of Finnish companies and the use of law]. Vantaa: Hansaprint Oy., Vantaa 2014.

Bond and Wall 2015

Greg Bond and Colin Wall (eds.); International Commercial Mediation, Training Role-Plays, Cases from the ICC International Commercial Mediation Competition. International Chamber of Commerce, 2015.

Carr 2014

Indira Carr; International Trade Law. 5th edition. , New York: Routledge., New York 2014.

Ervasti and Nylund 2014

Kaijus Ervasti and Anna Nylund; Konfliktinratkaisu ja sovittelu.Helsinki: Edita Publishing Oy., Helsinki 2014.

Esplugues and Marquis 2015

Carlos Esplugues and Louis Marquis (eds.); New Developments in Civil and Commercial Mediation. Global Comparative Perspectives.. Springer. Heidelberg : Springer,2015, p. 275--290.

Koulu 2006

Risto Koulu; Kaupallisten riitojen sovittelu. . Helsinki: Edita Prima Oy. Helsinki, 2006.

Liebmann 2011

Marian Liebmann (ed.); Mediation in context. London: Jessica Kingsley Publishers. London , 2011.

Turunen 2005

Santtu Turunen (ed.); Conflict management – riidanratkaisun uusi maailma. Helsinki: Edita Publishing Oy. Helsinki, 2005.

ARTICLES

Bartlett, Kotrlik and Higgins 2001

James Bartlett, Joe Kotrlik and Chadwick Higgins; 'Organisational Research: Determining Appropriate Sample Size in Survey Research'. Information Technology, Learning and Performance Journal 19 (1), 2001, p. 43--50.

Ervasti and Salminen 2015

Kaijus Ervasti and Kirsikka Salminen; 'Tuomioistuinsovittelun yleistymisen ja tuomioistuimen tehtävät'. *Lakimies* 5/2015, 2015, p. 591--612.

Hietanen-Kunwald 2013

Petra Hietanen-Kunwald; 'Sovittelun oikeudellistuminen – eurooppalaisen sovitteludirektiivin sovittelukäsite'. *Oikeus* 1 (42), 2013, p. 71--91.

ELECTRONIC RESOURCES

Course Catalogue of the University of Eastern Finland, Faculty of Law

Course Catalogue of the University of Eastern Finland, Department of Law - <https://www2.uef.fi/fi/> (Opiskelu -> Opinto-oppaat -> Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunnan opinto-opas), Accessed 22 May 2016.

Course Catalogue of the University of Helsinki, Faculty of Law

Course Catalogue of the University of Helsinki, Faculty of Law - <https://weboodi.helsinki.fi/hy/> (Opinto-oppaat -> Oikeustieteellinen tiedekunta -> Oikeustieteellisen tiedekunnan opinto-opas, 2015--16 -> Opetus), Accessed 22 May 2016.

Course Catalogue of the University of Turku, Faculty of Law

Course Catalogue of the University of Turku, Faculty of Law - <https://nettiopsu.utu.fi/> (Opinto-opas -> Oikeustieteellinen tiedekunta 2014--2016), Accessed 22 May 2016.

The FAA's Webpage

The Finnish Arbitration Association - <http://www.faa.fi/>, Accessed 22 May 2016.

The FAI's Webpage

The Finland Arbitration Institute - www.arbitration.fi, Accessed 22 May 2016.

The FAI Statistics 2015

The Finland Arbitration Institute Statistics 2015 - <http://arbitration.fi/> (the Arbitration Institute -> Statistics), Accessed 22 May 2016.

The FBA's Webpage

The Finnish Bar Association's webpage - <http://www.asianajaliitto.fi/>, Accessed 22 May 2016.

The FBA's Mediation Rules

The Finnish Bar Association's Mediation Rules - <http://www.asianajaliitto.fi/> (asianajopalvelut

-> sovittelu -> sovintomenettelysäännöt), Accessed 22 May 2016.

The FBA's Advocate Search Engine

The Finnish Bar Association's advocate search engine - <http://www.asianajajaliitto.fi/> (etsi asianajaja -> siirry hakupalveluun), Accessed 22 May 2016.

The Federation of Finnish Enterprises Webpage

The Federation of Finnish Enterprises Webpage – www.yrittajat.fi/en, Accessed 22 May 2016.

FAI News 2016

The Finland Chamber of Commerce launches new Mediation Rules, 1 June 2016, FAI webpage - <http://arbitration.fi/2016/06/01/finland-chamber-commerce-launches-new-mediation-rules/> (News), Accessed 1 June .6.2016.

The List of Mediators on the FBA's webpage

The List of mediators on the FBA's webpage - <http://www.asianajajaliitto.fi> (Asianajopalvelut -> Sovintomenettely -> Sovittelijaluettelo), Accessed 22 May 2016.

The FFM's Webpage

The Finnish Forum for Mediation - <http://www.ssf-ffm.com/>, Accessed 22 May 2016.

RIL Conciliation's Webpage

RIL Conciliation Webpage - <http://rilsovittelu.fi/> (Sovittelun Säännöt), Accessed 22 May 2016.

The YACF's Webpage

The Young Arbitration Club Finland Webpage - <http://arbitration.fi/>, Accessed 22 May 2016.

INTERVIEWS

Heikinheimo 2015

Antti Heikinheimo, Member of the Finnish Bar Association, Member of the Mediation Board of the Finnish Bar Association. 2. November 2015.

Hietanen-Kunwald 2015

Petra Hietanen-Kunwald, Researcher at the Conflict Management Institute of the University of Helsinki. 9. November 2015.

Lehtinen 2015

Dr. Tuomas Lehtinen, Member of the Finnish Bar Association. 6. November 2015.

Melander 2016

Lauri Melander, Former President of the Helsinki Court of Appeal. 7. January 2016.

Merikalla-Teir 2016

Heidi Merikalla-Teir, The Secretary General of the Finland Arbitration Institute, Member of the Finnish Bar Association. 18. January 2016.

Soimakallio 2015

Helena Soimakallio, The CEO of RIL Sovittelu. 24. October 2015.

Turunen 2015

Santtu Turunen, Researcher at the Conflict Management Institute of the University of Helsinki. 3. November 2015.

ELEMENTS OF STYLE

PERUSTUSLAKIBLOGI: -MYÖS BLOGITEKSTI ON OIKEUDELLISTA KIRJOITTAMISTA

Esittelyteksti

Perustuslakiblogi on Suomen valtiosääntöoikeudellisen seuran asiantuntijablogi, joka kommentoi perus- ja ihmisoikeuksien tilaa Suomessa ja muualla Euroopassa. Perustuslakiblogin vastaavat toimittajat Turun yliopiston oikeustieteen professori Juha Lavapuro ja Helsingin yliopiston valtiosääntöoikeuden professori Tuomas Ojanen kertovat, miten oikeustieteestä blogataan.

Miksi Perustuslakiblogi perustettiin?

Ojanen: Perustuslakiblogi on Suomen valtiosääntöoikeudellisen seuran blogi, ja jo seuran tarkoituksena on tuoda tunnetuksi ja julkiseen keskusteluun perustuslakiin, ihmisoikeuksiin ja unionin perusoikeuskirjaan liittyviä asioita. Vuoden 2013 kesällä Martin Scheinin, Juha Lavapuro ja minä päätimme siirtää seuran myös blogimaailmaan. Ensimmäinen julkaistu teksti oli Martin Scheinin kirjoitus, joka sai huomattavan suuren julkisen huomion. Blogissa pysymme itse ratissa. Esimerkiksi haastattelussa haastattelija asettaa paljon reunaehtoja kysymyksillään ja tulkinnoillaan, mutta blogissa voi kirjoittaa siinä mielessä vapaasti, ettei siellä ole joku toimittaja tai editoija paimentamassa.

Lavapuro: Tyypillisesti yhteiskunnalliseen keskusteluun osallistuminen on merkinnyt esimerkiksi vieraskynän lähettämistä Helsingin Sanomiin. On ollut mielenkiintoista havaita, että tekstit leviävät nopeasti blogimaailmassa, ja että sosiaalisessa mediassa saadaan viestiä paljon tehokkaammin välitettyä.

Miten blogitekstin kirjoittaminen eroaa tekstilajina muusta juridisesta kirjoittamisesta?

L: Tieteellisessä kirjallisuudessa struktuuri on vähän luitumpi, blogissa taas lauserakenteet ja retoriikka ovat paljon vapaampia. Lakimieheen ei voi lähettää artikkelia, jossa todetaan ”katin kontit” tai kyhätään pirunnyrkkiä yöllä. Blogitekstit ovat myös hausempia kirjoitettavia. Vaikka blogi ei ole tieteellistä tekstiä tai tyypillistä asiantuntijatekstiä, kaikki sinne kirjoittavat seisovat sanojensa takana. On eräänlainen tasapainoiluhaaste kirjoittaa poleemisesti, mutta niin, että se ei mene ”poliittisen pakinan” puolelle.

O: Myös blogiteksti on oikeudellista kirjoittamista. Tarkoituksellakin vältetään sitä, että blogissa olisi hyvin tyypillistä juridista Lakimies-lehden kaltaista asiaproosaa. Toisaalta pidämme kiinni siitä, että jutut, aiheet ja tapa käsitellä niitä liittyvät tavalla tai toisella perustuslakiin tai ihmisoikeuksiin, ja niissä on valtiosääntöoikeudellinen sanottava, joka perustellaan oikeudellisesti. Jokaisessa tekstissä on oikeudellinen argumentaatio taustalla.

Perustuslakiblogin ote on ollut aktiivinen ja kantaaottava.

Miten se soveltuu oikeustieteelliseen keskustelukulttuuriin Suomessa?

O: Juristeille on ehkä tyypillistä ajatella, että he ovat enemmän reaktiivisia, ja esimerkiksi perustuslakivaliokunta on se foorumi, jossa näkemykset esitetään. On tavallista olla hiljaa varsinkin ennen ja yleensä myös sen jälkeen, kun lausunto perustuslakivaliokunnalle on annettu. Ehkä on kyse sukupolvierosta ja siitä, että aikakausi on muuttunut. Toisaalta tähän voi liittyä myös henkilöön meneviä ulottuvuuksia: me olemme tietoisestikin aktivisteja. En esimerkiksi peittele lainkaan sitä, että olen perus- ja ihmisoikeusaktivisti. Nykymaailmassa ei voida enää lähteä siitä, että ollaan tutkijankammioissa ja ainoa tapa, jolla tullaan ulos, on kirja tai artikkeli jossakin lehdessä.

L: Kansainvälisesti blogit ovat osa akateemista keskustelua, ja akateemista keskustelua käydään myös sosiaalisessa mediassa ja blogosfäärissä. Se saattaa liittyä sukupolvieroon, mutta myös siihen, että minkä tutkijana kokee keskusteluyhteisökseen: Onko se tiukasti viralliset menettelyt ja ahtaasti ymmärretty tieteellinen kirjallisuus, vai onko se jotakin laajempaa? Onko se osallistumista poliittiseen ja oikeudelliseen keskusteluun ennen kuin näkemyksiä tullaan erikseen kysymään?

Oikeustieteen tuominen yhteiskunnalliseen keskusteluun on herättänyt myös kritiikkiä.

O: Asenne on hemmetin kummallinen, koska oikeus on keskeisimpiä välineitä tehdä yhteiskunnassa yhtä ja toista. Esimerkiksi Euroopan integraation keskeisten päämäärien toteuttaminen on perustunut nimenomaan oikeudellisten välineiden ympärille meneviin asioihin.

L: Kyllähän tämä on herättänyt ärtymystä, myös kritiikin kohteissa. Ärtymys ei ole kohdistunut niinkään asiantuntijatietoon tai asiantuntijuuteen sinänsä, vaan nimenomaan valtiosääntöasiantuntijuuteen. On kritisoitu sitä, että julkisuuteen tullaan etukäteen kertomaan kantoja siitä, mitä lainsäätäjä saa tehdä. Esimerkiksi Zyskowicz ja Sasi ovat vähän tuotuneet siitä, että näitä asioita repostellaan julkisuudessa etukäteen ja otetaan valmiiksi kantaa oikeudellisesti perustellen. Itse ajattelen, että on parempi keskustella näistä asioista julkisuudessa kuin jättää keskustelu esimerkiksi perustuslakivaliokuntaan tai miettiä yksin tutkijankammiossa.

O: Toisaalta perustuslaki ja ihmisoikeudet ovat lähellä politiikan tekemisen kenttää ja vaikuttavat yleensä rajaavasti poliittisen päätöksenteon alaan. Perustuslain tarkoitus onkin piirtää se pelikenttä, jossa poliitikot saavat pelata.

Onko suomalainen oikeustieteellinen keskustelu muuttumassa?

Tulisiko esimerkiksi blogeja hyödyntää enemmän?

O: Tämä on eräs akateemisen keskustelun nykymuoto. Toisaalta esimerkiksi julkaisujen ranking-listojen näkökulmasta blogin pitäminen ei saa juuri merkitystä. Vaikka blogiin kirjoittaisi kuinka pitkän, argumentoidun ja lähdeviitatus tekstin, sitä ei voi mainita akateemisessa mielessä julkaisuna.

L: Tekstityyppinä tieteellisessä juridisessa kirjoittamisessa muutosta tuskin tapahtuu tätä kautta. Sen sijaan kansainvälinen tai angloamerikkalainen akateeminen oikeustieteellinen artikkelikirjallisuus on perinteisesti ollut paljon argumentoivampaa kuin suomalainen, jossa neutraalisti ja objektiivisesti kuvaillaan, mitä voimassa oleva oikeus sanoo. Luulen, että muutos juridisessa kirjoittamisessa tapahtuu sitä kautta, että tutkijat joutuvat kirjoittamaan kansainvälisesti ja omaksuvat sitä kautta samantyyppisiä tyylyjä.

Taloustieteilijä Paul Krugman kirjoitti joskus New York Timesin blogissaan, että kun hän teki väitöskirjaansa 1970-luvulla, viimeaikaisin tieteellinen tieto taloustieteen piirissä levisi seminaareissa jaettavina working paper series -teksteinä. Kaikki tiesivät, että kun itse artikkeli joskus virallisesti julkaistiin, se oli jo kiertänyt tutkijoiden keskuudessa useita vuosia, ja oli jo tavallaan vanhaa tietoa. Blogosfäärissä olisi mahdollisuuksia samaan. Perustuslakiblogi on tietysti paljon yhteiskunnallisempi verrattuna esimerkiksi Euro Rights Blogiin tai Verfassungsblogiin, jotka ovat avoimesti ja selvemmin tieteelliselle yleisölle suunnattuja. Blogi on selvästi kanava, jonka kautta pääsee nopeasti kärryille siitä, mistä ihmiset tällä hetkellä keskustelevat. Varsinaiset artikkelijulkaisut laahaavat oikeastaan vuoden perässä. Nähdäkseni yliopiston tulee osallistua myös yhteiskunnalliseen keskusteluun, ja valtiosääntöoikeuden traditioon se on perinteisesti kuulunutkin. En kuitenkaan usko siihen, että olisi jokaisen tutkijan tai professorin velvollisuus pitää blogia. Kyse on pikemminkin tieteen vapaudesta ja sen ymmärtämisestä, että joillekin se on osa työtä, kaikille se ei ole.

O: Ei tää kaikille sovi.

Haastattelu ja teksti: Tuuli Talvinko

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

for articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Harvard style footnotes

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

Citations

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

Send your article submission to: *submissions@helsinki-law-review.fi*.

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at *hlr-toimitus@pykala.fi*. With other inquiries and ideas for co-operation, contact *laura.salokangas@helsinki.fi*.

www.facebook.com/helsinki-law-review

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review

